

## 履行期前の不履行と解除

——不履行法体系の構造論のための比較法的考察——

石 崎 泰 雄

### 序

#### 一 英米法における履行期前の契約違反

1. コモン・ロー
2. アメリカ法

- (1) アメリカ統一商事法典（UCC）
- (2) リステイトメント（セカンド）

#### 二 ドイツ法における履行拒絶

1. 一般給付障害法
2. 履行遅滞後の履行拒絶
3. 履行期前の履行拒絶

履行期前の不履行と解除（石崎）

#### 三 比較法における履行期前の違反

1. ウィーン国連売買条約（CISG）

- (1) CISG七二条

- (2) CISG七一条

- (3) 国際取引にCISGの規定が適用された

初めてのドイツ連邦通常裁判所（BGH）判決

2. ユニドロワ国際商事契約原則（PICC）・

ヨーロッパ契約法原則（PECL）・比較法

- (1) 不履行法体系と解除

(2) P I C C  
(3) P E C L

(4) 比較法  
四 総括（日本法への若干の示唆）

## 序

解除の要件論に関する研究は、従来ともすれば看過されがちであつた領域のものであるが、近時解除の要件として債務者の帰責事由の要否を巡る議論で、過失を不要とする学説が台頭してきている。<sup>(1)</sup> こうした状況の中、解除要件論一般についても、ようやくその本格的考察の対象として俎上に乗り始めてきているといえよう。

本稿では解除論において、日本では一部の例外を除くと、ともすれば等閑に付されてきた「履行期前の不履行（契約違反）と解除」に焦点を当て、もって「不履行法」<sup>(2)</sup>体系の構造を再構築する際の一助としたいと考える。既に別稿において指摘したように、比較法研究の成果として債務不履行の統一要件を世界に先がけて掲げたとも評価できる民法四一五条を擁する日本民法が、いかなる不履行法体系の構造を有すべきものであるのかについての有益な示唆を得ることができればと考える。

その際、履行期前の不履行（契約違反）に関する研究が著しく立ち遅れている日本法への示唆を得べく、この原理が誕生したイギリス、それを逸早くとり入れたアメリカ、それに特異な給付障害法体系を有するドイツ他、大陸法諸国の比較法的考察、さらには、ウィーン国連売買条約<sup>(6)</sup>（C I S G）やユニドロワ国際商事契約原則<sup>(7)</sup>（P I C

C)、ヨーロッパ契約法原則(PECL)に示された近時のこの理論の比較法的成果・到達点をフォローしながら、日本法への参考に供することができればと考える。

(1) 星野英一・民法概論IV 七七頁(良書普及会、一九八六年)、好美清光「契約解除の効力」遠藤浩ほか監『現代契約法大系第二巻』一八〇頁(一九八四年)、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」『谷口知平先生追悼記念論文集2 契約法』三三一頁以下(信山社、一九九三年)、渡辺達徳「民法五四一条による契約解除と『帰責事由』(二・完) 商学討究四四卷三十一〇八頁以下(一九九四年)、後藤卷則「契約解除の存在意義に関する覚書」比較法学二八卷一頁以下(一九九四年)、山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由」民商法雑誌一一〇巻二号、三号二七三頁以下(一九九四年)他多数の学説によって主張されている。またさらには近時の比較法的研究の中で、潮見佳男「最近のヨーロッパにおける契約責任・履行障害法の展開」阪大法學四七巻二号、三号二〇五頁以下(一九九七年)、渡辺達徳「ヨーロッパ契約法の諸原則」における不履行法の体系」法学志林九五巻一頁以下(一九九七年)、三三三七頁以下、九六巻三三三五頁以下(一九九八年)、同「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報一〇四巻六・七号三三三頁以下(一九九八年)他により主張される。

(2) 殊に北川善太郎教授による問題の再発掘と履行拒絶を独自の債務不履行類型とする学説の提唱(奥田昌道編・注釈民法(一〇) 三五四頁以下(有斐閣、一九八七年))が与えた影響が大きい。

(3) 石崎泰雄「債務不履行法体系の基本構造」法研論集五一号九頁以下(早稲田大学、一九八九年)。

(4) 石崎泰雄「債務不履行法体系の基本構造と瑕疵担保責任の統合理論」私法五八号一八五頁(一九九六年)。

(5) 旧くは英米法研究を中心とした、末延三次「履行期前の履行拒絶に対する損害賠償の請求」法学協会雑誌五十周年記念論文集第二部五一頁以下(一九三三年)があったが、判例研究を中心とした、長尾治助「履行拒絶による契約の解除」東京外国語大学論集 一二巻五五頁以下(一九六五年)やさらに、田沼柱「履行拒絶について」法学新報九七巻一・二号二八五頁(一九九〇年)、辰巳直彦「契約責任と債務不履行類型」『契約責任の現代的諸相(上)』一頁以下(東京布井出版、一九九六年)等の論稿によつて取り組まれ、体系書・教科書においても少なくとも「履行拒絶」は、言及されるようになってきている。

(6) 条文訳は、曾野山手・国際売買法(資料編)(青林書院、一九九三年)を参照。

(7) 条文訳は、廣瀬久和「ユニドロフ国際商事契約原則(全訳)」ジュリスト一一三二号八一頁以下(一九九八年)を参照。

履行期前の不履行と解除(石崎)

（８） 条文訳は、渡辺・前出注（１）『ヨーロッパ契約法の諸原則』における不履行法の体系」五五頁以下を参照。

## 一 英米法における履行期前の契約違反

給付障害（不履行）の法構造において、英米法は契約違反という統一概念に依拠する。それ故、債務の履行期後の履行拒絶の特別な法的処理の必要性は存せず、債権者は原則として不履行のあらゆる場合に法的救済を行使することができる<sup>（９）</sup>とされる。確かに、契約違反は履行期の時点を超えたあらゆる不履行を包含するものと考えられるので、英米法においては履行期前の契約違反も不履行形態の一つとして捉えることができるものと思われる。そこでここでは、イギリスおよびアメリカにおける、履行期前の契約違反とはいかなるものであるのかを見ることにする。

### 1. コモン・ロー

履行期前の契約違反の原理が世に初めて登場し確立されたのが、イギリスの *Hochster v. De la Tour* 判決<sup>（１０）</sup>においてであった。

事案は次のようなものである。原告は一八五二年四月一二日に被告に雇傭され、旅行世話人（添乗員）として一八五二年六月一日から三ヶ月間、ヨーロッパ大陸を被告とともに旅行することに合意した。被告は六月一日より前に（申し立てによると五月一日に）原告との契約を破棄した。そこで原告は合意された日（六月一日）が到来する

前に（五月二日）直ちに訴訟を提起し、契約の解除と損害賠償を請求した、というものである。

本件における中心的な争点は、「もし、AとBとの間に合意があり、それによればBは将来一定期間Aを雇傭し、Aは旅行世話人として外国に一緒に旅行し、そのサービスの継続期間月給を受けるという場合に、Bはその日の前に合意を履行することを拒絶し、違反し、破棄し、その結果Aはその日の前に合意の違反についての損害を回復するために訴訟を提起する権利があるかどうか<sup>(11)</sup>」であった。

これに関し、Lord Campbell, C. J. は、「合意によりある行為が将来なされる予定である場合に、当該行為がなされるべき日まで合意の違反についての訴訟は存在しない」というルールは採用できないとの意見を表明する。

そして次のような例を挙げる、「もしある男性が将来、ある女性と結婚する約束をし、その日の前に他の女性と結婚すれば、彼は直ちに婚姻の約束違反に対する訴訟への責任がある。<sup>(12)</sup>……もしある人が特定物を将来売渡す契約をし、その日の前に他人にそれを売って引渡せば、彼は直ちに訴訟への責任を負う。<sup>(13)</sup>」

これらの例は、後に検討するドイツ法や日本法では、拡大された「不能」概念によって、「履行不能」の範疇に入れられて処理されるものであるが、その当否を考慮する際に次の指摘は重要であろう。「しかし、こういったことは必ず生ずるというわけではない。というのは行為をするよう定められた日の前に最初の妻が死んだかもしれない。<sup>(14)</sup>……そして被告はその物を再購入しえたかもしれない<sup>(14)</sup>」という点である。

このように論理的には、ドイツ法や日本法にいわゆる「履行不能」の類型に本来入れるべきものかどうかに関しても、重大な疑念が存するということを指摘できるが、これについてはドイツ法又は日本法の検討の箇所後述する。

本件で Lord Campbell, C. J. は、もし契約違反の救済がないと、他の者と新たな契約関係にはいることもできず、当該契約の準備をしなければならなくなるわけであるから、原告に将来の履行を免れるか、履行を待つかの選択権を与えることが合理的であると判示する。<sup>(15)</sup>

本判決により、履行期前の契約違反の原理が確立され、履行期前に解除、損害賠償の効果が認められることになる。なお、イギリス法は契約違反の包括的概念を採用しているので、履行期後の履行拒絶を特別に処理する必要性はないが、履行期前においては、学説の中には、被違反当事者の解放は認めるものの、損害賠償請求には否定的な見解<sup>(16)</sup>が現在なお少数ながら主張されている。<sup>(17)</sup>

このイギリスの判例で確立された履行期前の契約違反の原理は、契約の一方当事者が言葉又は行為により、履行のために合意された時期より前に自らの義務を履行しないか又は果たす意思がないということを示すときに履行期前の契約違反が生ずる<sup>(18)</sup>というものであるが、より一般化すると、履行期が到来する前に一方当事者が契約を拒絶するか又は自ら履行することを不可能とするときに生ずる<sup>(19)</sup>ものである。

まず、ここでは将来の契約違反が明白かつ絶対的なものであるということが前提要件である。そしてその違反を類型化すると、「履行拒絶」と「自ら履行を不可能とする」類型に分類することが可能と思われる。この後者の「自ら履行を不可能とする」類型は、履行期前の違反者の故意に基づくものである必要はないが、当該当事者「自身の行為又は不作為」によるものでなければならぬ<sup>(20)</sup>。この類型の基準を明確化したのが、Universal Cargo v. Citati<sup>(21)</sup>判決であった。

その事実関係は次のようなものである。一九五一年六月三〇日付の傭船契約により、バスラでくず鉄を荷積し

エノスアイレスに運ぶために船がチャーターされた。船はバスラに七月一二日に到着したが、傭船契約者が船積人を指定しなかったので、船はブイに送られそこに七月一八日まで停った。七月一八日に傭船契約の満期が到来し、荷が提供されなかったので、所有者は傭船契約をキャンセルし、他の傭船契約者と新たに傭船契約を結び、バスラから注文した、というものである。

判決によれば、荷積みが七月一八日より後の定められた時に完了されなかったので、その期日までに停泊場所を指定し荷を供給する期限は満了となり、傭船契約者は違反を侵してはいるが、所有者には事実上の解除の権利はないとされる。<sup>(22)</sup>そして、契約の履行期前の違反は、契約に基づく責任の一方当事者による放棄（履行拒絶）の形態の他に、もう一つ、履行を不可能とする形態、すなわち、一方当事者の行為又は不作為により、自己の側の契約の履行又はその重要な部分の履行をできなくすることによって生じた状況を含む<sup>(23)</sup>ということが初めて示される。

したがって、例えば買主が外的な事由（銀行の為替管理の停止）により期日に支払うことができないであろうという場合には、当事者自身の「行為又は不作為」による給付障害ではないので、<sup>(24)</sup>履行期前の違反とはならないということになる。

また一方当事者が履行期前の違反を侵す場合には、被害当事者は解除権行使を強制されることはない。<sup>(25)</sup>履行を請求し続けることにより契約を維持しようとする<sup>(26)</sup>ことができるし、損害賠償を請求することもできる。つまり相手方による違反は、被害当事者に解除権をも含めた選択権を与えるのである。<sup>(27)</sup>

さらに履行期前の違反は、解除・損害賠償の訴えをなすことにより、被害当事者に受容される。違反当事者へ解除・損害賠償の通知をしなければならぬが、たとえその通知が、被害当事者によって与えられなくとも違反当事

者に認識できる行為で十分であるとされる。<sup>(28)</sup>

しかし、一方当事者の履行期前の違反に対し、単に黙認している場合には受容とはいえず、<sup>(29)</sup> また自己の契約上の義務を履行しないということも拒絶の受容を構成しない。

この拒絶の受容が認められなかった判決として *Vitol v. Norelf* 判決<sup>(30)</sup>がある。事実関係は以下のようなものである。一九九一年二月一日に両当事者は、*Norelf* から *Vitol* へのプロパンの売買契約を締結する。荷積みは三月九日までに完了しなかった。三月八日に、*Vitol* は *Norelf* に引渡は三月一日から七日の間になされることが契約の条件であると主張し、三月九日までに荷積みが完了しそくないという理由で、荷を拒絶するというテレックスを送り契約を解除した、というものである。

判決では、履行をしないだけで何も言わないことは、拒絶の受容とはならないとされた。<sup>(31)</sup>

このように違反の受容は、完全かつ明確なものでなければならず、<sup>(32)</sup> それはちょうど履行拒絶が絶対かつ明確なものでなければならぬのと似た状況にあるともいえよう。

次に履行期前の違反が認められる場合の法律効果の最も重要なものは、解除権の発生である。この解除権がいかなる場合に認められるかが争われた判決が、*Afivos Shipping v. Pagan* 貴族院判決である。<sup>(33)</sup> 事実関係は以下のようなものである。傭船契約において、一九七八年二月八日の傭船時までに所有者は船を傭船契約者に貸すものとされていた。当事者の定めた「条項五」によると、賃料の支払は現金でロンドンの銀行の口座に半月前に振込まれることとされており、さもない場合には所有者は傭船契約を止める自由を持つとされていた。「条項三一」によると、所有者は船を撤去する選択権を行使する前に傭船契約者に通知し、そして四八時間以内に（但し、土・日・祭日を



除く）支払われれば、船は撤去されないとされていた。一九七九年六月一日に傭船契約者はイタリアの銀行に送金の指示をし、当該銀行は六月一日にテレックスによる送金を行なった。テレックスの送金ミスにより、ロンドンの銀行に六月一日には届かなかった。六月一日に所有者は例の四八時間の通知をし、六月一八日の月曜日の一九時に船を撤去するということを伝えた。その後、送金ミスがわかり六月一九日に入金された、というものである。

本判決では、全裁判官の一致で「契約のもとで主要な義務の一つを履行することを、契約当事者にできなくさせる行為による履行期前の違反の原理は、条項五の性質の条項に対しては適用にならない<sup>(34)</sup>」とされる。さらに Lord Diplock は、履行期前の違反の原理を適用できるのは基本的違反 (fundamental breach) に対してだけである<sup>(35)</sup>との意見を表明する。

本件は、解除権が契約の明示条項だけから生じうるというケースであり、そのわずかな遅滞が、解除権者にとって重大な意味を持つ<sup>(36)</sup>ということの明示性もなく、その遅滞には銀行の送金ミスという外的事由も介在しており、解除を合理的とする理由を欠く事例とも評価できよう。

なお、イギリス判例法によって形成された拒絶の受容という考え方は若干の問題がある。もちろん被害当事者が拒絶を受容しないで履行請求に固執したとしても、相手方がその要求に従い履行のための努力をしたという<sup>(37)</sup>ようなことがない限り、後にその違反を受容することも可能である<sup>(38)</sup>。しかし被害当事者が拒絶を受容しない<sup>(38)</sup>いううちに被害当事者が拒絶を撤回すると、履行期前の違反に関し自己の権利を失うことになる。また履行期前の違反では、被害当事者は解除権および損害賠償請求権を有するが、契約の目的達成不能 (フラストレーション) は契約の消滅

を導くにすぎず、その結果、拒絶の受容の前に契約の目的達成不能の法理により契約が消滅すると、履行期前の違反に関する自己の権利を失うことになるということが留意されるべきであらう。<sup>(39)</sup>

## 2. アメリカ法

イギリスの判例法によって確立された履行期前の契約違反の原理は、アメリカ法にも大きな影響を与えており、そのリーディングケースとして *Rothen v. Horst* 判決が挙げられる。<sup>(41)</sup> しかしアメリカの学説の中にはこの原理を厳しく批判するものがあつた。特に *Williston* 等により *Hochster v. De la Tour* 判決は激しく批判された。すなわち、そもそも履行期前の拒絶は、履行期がまだ到来していないのであるから、約束に関する自己の義務に違反することにはならず、履行のために定められた時までは約束は破られないという理由で、この原理自体が非論理的である<sup>(45)</sup>とされる。また約束を早く履行するよう求めることにより、約束者の義務を不当に増大させることになり、さらに履行期の前に訴訟を提起するのは、損害賠償の算定に困難な問題を持ち込むことになる等と批判された。<sup>(47)</sup> だが、結局こうした批判は主流とはならず、履行期前の契約違反の原理はその後アメリカにおいても着実に定着していくことになる。<sup>(48)</sup>

アメリカにおいても、この履行期前の違反はいくつかの形態に分類することが可能である。一つは典型的な履行拒絶であり、一方当事者が相手方に契約のもとでその義務を履行することができないか又は履行する意思がないと表明することである。<sup>(49)</sup> もう一つは、言葉による表明ではなく、行為によって生ずる履行期前の違反である。これは約束者が、違反なしに履行することを現実的に又は外観上不可能にする任意の積極的な行為<sup>(50)</sup>によって生じ、例えば

目的物の破壊行為や二重売買行為<sup>(51)</sup>、土地の売主が第三者に不動産譲渡証書を引渡す行為<sup>(52)</sup>、婚姻している人がその相手以外の人と婚姻する行為等<sup>(53)</sup>によって生ずる。しかし、当該行為は任意のものでなければならぬので、無能力、経済的困難や債務超過により履行できないことは、履行期前の違反とはされない。これは例えばその債務超過が任意に惹き起こされたものではないため、「拒絶」とはいえないからである。<sup>(55)</sup>

#### (1) アメリカ統一商事法典 (UCC)

履行期前の違反は、アメリカ統一商事法典、UCC §2-610<sup>(56)</sup>においては、履行期前の「履行拒絶」として規定される。UCC §2-610 における履行期前の履行拒絶とは、公的コメントによると、明白な拒絶の意思の通知又は履行を不可能としたり、履行を継続しないという明白な決意を表明する行為<sup>(57)</sup>であるとされる。また、明白な拒絶の意思の通知は明白かつ絶対的なものでなければならない。<sup>(58)</sup>当事者の行為が履行を不可能にしたり、履行しないという明白な決定を示すものであれば拒絶となるが、実質的に債権者の利益を損わないものであれば拒絶とはならない<sup>(59)</sup>し、履行拒絶が商事上の実行不可能性の原理で正当化されるものであれば、それは拒絶とはされない。<sup>(60)</sup>

そして履行拒絶が、実質的に契約の価値を喪失させるときに、被害当事者はいつでも違反に対する救済手段を行使するか、又は交渉している間自らの履行を停止でき、若しくは相手方の履行を待つことができる。しかし商事的に合理的な期間を超えて履行を待つと、回復すべきであった結果として、損害を回復することはできなくなる。<sup>(61)</sup>つまり、被害当事者はそのような損害を回避する適切な手段をとることを期待されるのであり、被害当事者が代替取引を拒絶の後迅速に行なうことができるのに履行期まで待つと、そのような迅速な行為によって回避しえなう損害の回復ができなくなる。<sup>(62)</sup>したがって、被害当事者の履行拒絶に対する対応としては、拒絶を無視し履行を待

つという方途は賢明なものとはいえない。<sup>(63)</sup>

UCC §2-610 によると、売買契約の一方当事者は相手方が自らの履行を拒絶するときに、履行を停止するか又は契約を解除し自らの履行義務を消滅させることができる。しかし将来の履行期到来時に相手方が履行をすることへの単なる「疑い」があるというだけでは、履行の免除をもたらしえない。<sup>(64)</sup> また相手方の債務超過は、拒絶ではなく、契約解除の理由とはならない。<sup>(65)</sup> そこで UCC §2-610 又は UCC §2-702 (1) <sup>(66)</sup> に依拠して、契約を解除するか履行を停止することはリスクを伴う。というのは、拒絶がなされたのか、買主が債務超過になったのかどうかを履行の過程で決定することは困難だからである。もし裁判所が、拒絶はなかった、又は買主は債務超過ではなかったとその後で判決すれば、UCC §2-610 に依拠して契約を解除又は履行を停止した当事者、若しくは現金支払でないとして引渡を拒んだ当事者は契約を拒絶したものとして扱われうることになる。<sup>(67)</sup>

このような被害当事者の不都合を回避するために、UCC §2-609 <sup>(68)</sup> で「履行の適切な保証を要求する権利」が規定される。この規定は次のような趣旨で規定されたものである。すなわち、ひとたび買主の履行が不確実となったと信ずべき合理的な理由があるのに、売主が自分自身の履行を継続するよう強いられるのは不当な困難である。同様に売主の引渡が不確実となっているのを信ずる買主が、本来の履行期を安全に待つことはできないからである。<sup>(69)</sup> と。

このような状況における商人のニーズに応えるために UCC §2-609 では、三つの方途が採用されている。第一に被害当事者には、自分自身の履行を停止することが認められる。第二に被害当事者には、適切な保証を要求する権利が認められる。第三に不安（不確実性）に対する合理的な理由が、合理的な期間内に解消されなければ、被害当

事者は契約を破棄されたものと見なすことができる<sup>(70)</sup>。そしてこれらは履行期前の違反の法の根底にある原則とされ、三つの原則は混淆されて一つの理論にされる<sup>(71)</sup>。

UCC §2-609 のもとで、保証を要求し履行を停止することができるためには、相手方の履行に関し不安の合理的な理由を立証しなければならず、合理的な理由があるかどうかは事実問題である<sup>(72)</sup>。そして不安に対する合理的な理由があるときにのみ、この権利が認められ<sup>(73)</sup>、裁判所が合理的な理由がないとの判決をすれば、自分の方が拒絶をしたとされる場合もありうる<sup>(74)</sup>。例えば信頼できる情報源から、買主が経済的困難に直面しているということを知った売主は、不安に対する合理的な理由を有するが、主観的に信じるだけでは合理的な理由があるとはいえない<sup>(75)</sup>。その基準としては、商事慣行基準が採用される<sup>(76)</sup>。また保証の要求は選択的なものであって義務的なものではない<sup>(78)</sup>。さらに保証の要求は書面によるべきものとされる<sup>(79)</sup>が、実際の判決では口頭の要求でも有効とされている<sup>(80)</sup>。保証の具体的な内容としては、当事者自身による説明や第三者による報告や意見でも十分であるとされる<sup>(81)</sup>。商品に瑕疵があっても買主がそれを利用することができれば、その事に注意を払い瑕疵を繰り返さないという売主の単なる約束でも十分である<sup>(82)</sup>。もしその瑕疵が容易に治癒できるが、買主による容易な利用を妨げられる場合には、代物給付、修補、減額やその他の商事的に合理的な治癒が伴わない単なる口頭の保証では適切だとは見なされない<sup>(83)</sup>。

この保証が与えられなかったことにより、履行の拒絶を構成するとされた重要な判例として、ここでは *Creusot-Loire v. Coppus Engineering* 判決<sup>(84)</sup>を見ておくことにする。事実関係は以下のようなものである。原告は *Creusot-Loire* というフランスの製造技術関連会社の全面出資の子会社である。一九七九年一月に、原告の買主はバーナーをユーゴスラビアのアンモニアプラントに設置するために被告の売主から購入した。バーナーが船で出荷された

後、原告はシリアおよびスリランカのアンモニアプラントでのバーナーの稼働トラブルに気づいた。一九八一年二月に原告は被告に手紙を書き、ユーゴスラビア用に購入したバーナーは、スリランカのそれと同様に満足に機能しないのではないかという懸念を伝えた。一九八一年六月被告は原告にシリアのバーナーの問題は、解決されつつあると述べたが、スリランカで経験したトラブルについては原告に告げなかった。一九八一年十一月に被告は原告に、契約仕様を変更するよう求めたが、その同様の変更がスリランカでは不成功であったことを開示しなかった。その後原告は、バーナーが満足のいくように機能することの合理的な保証を被告に求めたが、被告は拒否したというものである。

判決では、被告が、バーナーがもし設置されれば機能するであろうと述べるだけで他に何の保証も与えなかったことは、契約の拒絶を構成するとされた<sup>(85)</sup>。

次に、契約を拒絶する当事者は UCC §2-611<sup>(86)</sup> のもとで、被害当事者が拒絶に対応した行為をする前にその拒絶を撤回し、自己の権利を回復することができる。撤回は、被害当事者が契約を解除する前に、その地位を実質的に変更する前に、そして拒絶を最終的なものと見なすということを示す前になされねばならず、そうでないと本条のもとでの撤回はできない<sup>(88)</sup>。これはコモン・ローの準則と一致するが、コモン・ローでは期限内に撤回すれば違反はないとされており、少し奇妙ではあるといわれる<sup>(90)</sup>。UCC §2-611 はこのコモン・ローの準則を変え、撤回は拒絶によつて生じた何らかの遅滞に対し、被害当事者への適切な免責、減額を伴い、契約のもとに拒絶当事者の権利を復活させる<sup>(91)</sup>。

また撤回は、被害当事者に拒絶当事者が履行する意思があるということを明白に示さねばならず<sup>(92)</sup>、何らかの保証

を含むものでなければならぬ。逆に被害当事者は、拒絶があれば直ちに解除することにより相手方から撤回権を奪うことができる。しかし、被害当事者がそうした反応を起こす前に撤回がなされれば、それは有効である。<sup>(93)</sup> もちろん相手方に履行又は撤回を請求することはできるが、それは一定の合理的な期間の間に限られる。<sup>(94)</sup>

こうした被害当事者の解除・損害賠償請求権と履行・撤回の請求権は、初期のイギリスの判例においても、そして今日の判例・学説においても選択権が認められたものと解釈されることがある。しかしアメリカにおいては、この選択理論は判例において強く批判され、UCCにおいても被拒絶当事者が拒絶当事者に、履行を待ちかつ撤回を促すということを伝えたとしても違反に対するいかなる法的救済をも行使することができるとされる。<sup>(95)</sup> そこでアメリカでは、契約に基づく権利である履行を求めることにより、当事者は拒絶当事者が拒絶を一定期間内に撤回しない限り、契約を解除しかつ損害賠償を求める権利を喪失することはないということになる。

さらに、履行請求権と損害軽減義務とに関し、履行を優先的に選択することができかどうかという問題がある。例えば約束者が橋の建築に代金を支払う契約をし、履行期前に被約束者に何らかの履行の拒絶をする場合に、被約束者は履行を継続することを選択できるかという問題として提起される。<sup>(96)</sup> 初期のアメリカの判決の中には、履行の選択ができるとの立場を示すものもある。<sup>(97)</sup> しかし、現在の判例では損害を軽減する義務は、選択の概念に優るとされておられ、被約束者は、もし履行の結果、損害を拡大するであろうという場合には、履行を継続することではきないと考えられている。もともとUCCでは、商事的に合理的な期間は履行を待つことができるとされる。<sup>(98)</sup>

## (2) リステイトメント (セカンド)

商事動産売買を規律するUCCに見られる履行期前の履行拒絶の原理は、リステイトメント (セカンド) におい

ても受け継がれており、さらに敷衍された規定となっている。その §250<sup>(104)</sup> において、履行期前に違反を侵すという意思の表明および履行を不可能又は外観上不可能とするような任意の積極的な行為が拒絶とされる。例えば、不動産の二重売買契約をする行為<sup>(105)</sup>がそれにあたる。

この履行期前の拒絶は、明確なものでなければならず、その単なる疑いでは §250 には該当せず、その場合は §251<sup>(106)</sup> の問題となる。§251 によると、不履行による違反の疑いに合理的な理由があれば、本来の履行の適切な保証を求め、その保証を受けるまで履行を停止することができる。さらに債務者が本来の履行の保証を合理的期間内に提供しないと、拒絶として扱うことができる。これは、UCC §2-609 の保証の提供の一般化といえ、契約の履行における信義誠実の原則に密接に関連する<sup>(107)</sup>。

例えば、A は五月七日の夕方に B の弦楽四重奏団の演奏のためにコンサートホールを使用させる契約をする。契約では、たとえ B が四重奏団を A のホールに輸送できなくても B は解放されないと取り決められている。五月六日に航空会社の予期せぬストライキが原因で、予定通りホールで演奏するために三千マイルもの距離を来ることとはできないであろうと A は合理的に信じる。本条に定められた規定のもので、本来の履行の適切な保証を要求することなしに、A は五月七日の夕刻に、ホールで集会を催す C と契約をする。A が C と契約をしたことは拒絶にあたる。しかしながら、五月七日に B が実際に A のホールに四重奏団を連れてくることができなければ、B の A に対する請求は解除される。また同じ設例で、B が飛行機をチャーターし、演奏に間に合った場合で、A のホールを C が使っているために演奏できなければ、全面的違反に対し損害賠償を A に対し請求することができる<sup>(108)</sup>。

なお、UCC §2-609 は、もし類推適用されないと動産売買を含む契約のみに適用される。リステイトメント（セ



カンド)では同様の準則が採用され、§251ですべての種類の契約に適用される<sup>(10)</sup>。UCCとリステイトメントでは内容に若干の相違がある。保証の要求は、UCC §2-609 (1)では書面が要求されているが、リステイトメントでは書面によることを要しない<sup>(11)</sup>。また、UCCは三〇日以内の保証の提供を求めるが、リステイトメントは合理的期間内の保証の提供を求める<sup>(12)</sup>、といった点に相違がある。しかし既述したように、判例実務ではUCCの適用においても書面は必ずしも要求されておらず、リステイトメントにおける保証の提供のための合理的期間の具体的内容も、商事動産売買の三〇日を参考として、各契約類型に応じて合理的期間が判断されるものと思われ、UCCとリステイトメントにおけるこれに関する相違は本質的なものとはいえないと思われる。なお、FarnsworthはUCC §2-609の規定は、動産売買以外の契約に類推適用されるべきだとしている<sup>(13)</sup>。

違反としての拒絶の効果に関しては、リステイトメントはその§253<sup>(14)</sup>において、§250又は§251のもとで債務者の拒絶があると、債権者の損害賠償請求権と残された義務の消滅がもたらされるとされる<sup>(15)</sup>。損害賠償を支払う義務に関するその後の出来事が及ぼす効果については、§254<sup>(16)</sup>に規定される。特に拒絶後の実行困難性又は契約目的達成不能の場合に、それが不履行による違反の前に生ずれば、損害賠償義務は消滅し、不履行による違反の後に生じたものであれば、損害の算定に影響を与えるが、損害賠償義務は消滅しないとされる<sup>(17)</sup>。また被害当事者が、拒絶にもかかわらず履行を請求する場合の効果については§357<sup>(18)</sup>が規律する。なお本準則はUCC §2-610 (b)と一致するものである。しかし拒絶にもかかわらず、履行を請求し続ける被害当事者は、回避しえたであらう損害に対し、損害賠償請求をすることは妨げられるとされる<sup>(19)</sup>。

(9) Stoll, Zur Haftung bei Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrecht, *RabelsZ* 52 (1988), S. 620.

- (10) Hochster v. De la Tour (1853), 2 E. & B. 678, 118 Eng. Rep. 922, 22 L. J. Rep. 455 (Q. B.). 同く L. J. Rep. を参照せよ。
- (11) *Ibid.*, at 457.
- (12) Short v. Stone (1846), 8 Q. B. 358 參照。
- (13) Bowdell v. Parsons (1808), 10 East 359 參照。
- (14) Hochster v. De la Tour, *supra* note 10, at 458.
- (15) *Ibid.*
- (16) Stoll, a. a. O., Fn. 9, S. 620.
- (17) G. H. Treitel, The Law of Contract 772 (9th ed. 1995). 同く Treitel, Contract を参照せよ。
- (18) M. Whincup, Contract Law and Practice 288 (1996).
- (19) Treitel, Contract, p. 769.
- (20) Treitel, Contract, p. 769.
- (21) Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati [1957] 2 Q. B. 401.
- (22) *Ibid.*, at 403.
- (23) *Ibid.*
- (24) Treitel, Contract, p. 770.
- (25) G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract 381 (1988).
- (26) Michael v. Hart & Co. [1902] 1 K. B. 482; Harvela Investment Ltd. v. Royal Trust of Canada Ltd. [1986] A. C. 207, 227; Treitel, Contract, p. 771.
- (27) Treitel, *supra* note 25, at 381.
- (28) The Santa Clara [1993] 2 Lloyd's Rep. 301; Treitel, Contract, p. 771.
- (29) Lefevre v. White [1990] 1 Lloyd's Rep. 569, 574; Treitel, Contract, p. 771.
- (30) Viol S. A. v. Norelf Ltd. [1995] 3 W. L. R. 549 (C. A.).
- (31) *Ibid.*, at 555.

- (32) Harrison v. Northwest Holt Group Administration [1985] 1. C. R. 668.
- (33) Afovos Shipping Co. S.A. v. Romano Pagnan & Pietro Pagnan [1983] 1 W. L. R. 195.
- (34) *Ibid.*, at 196.
- (35) *Ibid.*, at 203.
- (36) Treitel, Contract, pp. 776-777.
- (37) Harrison v. Northwest Holt Group Administration, *supra* note 32, at 668.
- (38) Treitel, Contract, p. 777.
- (39) Treitel, Contract, pp. 775-776.
- (40) Treitel, Contract, p. 777.
- (41) Roehm v. Horst, 178 U. S. 1 (1900).
- (42) E. A. Farnsworth, Cases and Materials on Contracts 735 (4th. ed. 1988).
- (43) Williston, Repudiation of Contracts, 14 Harv. L. Rev. 317, 421 (1901).
- (44) 549' Franklin, Equity as Form : A Study of Frost v. Knight, 30 Tul. L. Rev. 175, 188 (1956) 参考文献°
- (45) S. Williston, A. Treatise on the Law of Contracts §81309, 1312 (3d ed. W. Jaeger 1968).
- (46) Williston, *supra* note 43, at 428, 438.
- (47) 549' Terry, Book Review, 34 Harv. L. Rev. 891, 894 (1921) 参考文献°
- (48) 履行期前の譲渡が認められたのは、種々の理由から、State Employees' Ass'n of New Hampshire, Inc. v. Belknap Country, 122 N. H. 614, 448 A. 2d 969 (1982) ; Yingling v. Phillips, 65 Md. App. 451, 501 A. 2d 87 (1985) ; Esplendido Apartment v. Olsson, 144 Ariz. 355, 697 P. 2d 1105 (App. 1984) ; Oak Ridge Const. Co. v. Tolley, 351 Pa. Super, 32, 504 A. 2d 1343 (1985) ; Reid v. Mutual of Omaha Insurance Co., 776 P. 2d 896 (Uta 1989) ; Burtleson v. Illinois Farmers Insurance Co., 725 F.Supp. 1489 (S. D. Ind. 1989) ; Lennon v. United States Theatre Corp., 920 F. 2d 996 (D. C. Cir. 1990) ; Stanton v. Daehille, 186 Mich. App. 247, 463 N.W. 2d 479 (1990) ; Closson v. State, 812 P.2d 966 (Alaska 1991) 参考文献°
- (49) E. A. Farnsworth, on Contracts 474 (1990). 549' Farnsworth, Contracts 参考文献°

履行期前の不履行と解除 (石崎)

- (50) Farnsworth, Contracts, p. 479; Williston, *supra* note 45, at 139.
  - (51) J. Calamari & J. Perillo, The Law of Contracts 514 (3d ed. 1987). 以下 Calamari & Perillo, Contracts を引用する。
  - (52) Farnsworth, Contracts, p. 479.
  - (53) Williston, *supra* note 45, at 136.
  - (54) Williston, *supra* note 45, at 140; Farnsworth, Contracts, p. 479.
  - (55) Calamari & Perillo, Contracts, p. 479.
  - (56) UCC §2-610 (履行期前の履行拒絶)
- 一方当事者が履行期未到来の履行に関し、契約を拒絶し、それによる損失により実質的に相手方に契約の価値を喪失させる場合には、被害当事者は次のいずれかの権利行使ができる。
- (a) 商事的に合理的な期間、拒絶当事者による履行を待つこと。
  - (b) 違反に対する救済手段 (§2-703, §2-711) を行使すること。これは拒絶当事者に履行を待つという通知をし、撤回を求めた場合にも可能である。
  - (c) 右のいずれの場合においても自らの履行を停止すること、または本編の規定 (§2-704) に従い、相手方の違反にもかかわらず契約の目的物を特定する売主の権利、若しくは未完成物品の財産的価値を回復するための（売主の）権利を行使すること。
- なお、UCCの条文訳については、澤田寿夫編・国際取引法令集（三省堂、一九九四年）も参照。
- (57) Farnsworth, Contracts, p. 493.
  - (58) 例えは、Copylease Corp. of America v. Memorex Corp., 403 F. Supp. 625 (1975) 参照。
  - (59) 例えは、Fredonia Broadcasting Corp. v. RCA Corp., 481 F. 2d 781 (1973) 参照。
  - (60) 例えは、Roth Steel Products v. Sharon Steel Corp., 705 F. 2d 134 (1983) 参照。
  - (61) Farnsworth, Contracts, p. 493.
  - (62) Farnsworth, Contracts, pp. 481-482.
  - (63) Farnsworth, Contracts, p. 480.

- (64) Farnsworth, Contracts, p. 486.
  - (65) Farnsworth, Contracts, p. 486.
  - (66) UCC §2-702
    - (1) 売主が買主の債務超過を知ったときは、契約に基づきそれまでに引渡された物品の代価を含めて、現金払がなされなければ引渡を拒むことができる。また本編 (§2-705) により引渡を差止めることもできる。
  - (67) 例えは、National Farmers Organization v. Bartlett & Co., Grain, 560 F. 2d 1350 (1977) 参照。
  - (68) UCC §2-609 [履行の適切な保証を要求する権利]
    - (1) 売買契約においては、各当事者は本来の履行を受ける相手方の期待を損わないという義務を負う。相手方の履行に関し生ずる不安に対する合理的理由があるときは、当事者は書面により本来の履行の適切な保証を要求し、かつ、そのような保証を受け取るまでは、商事の合理性のある限り、合意された反対給付をまだ受けていないいかなる履行をも停止することができる。
  - (2) 商人間においては、不安に対する理由の合理性および提供された保証の適切性は商事的基本準に従って決定されるものとする。
  - (3) 不適切な引渡又は支払を受領しても、被害当事者は、将来の履行の適切な保証を要求する権利を有する。
  - (4) 当該具体的状況の下で、本来の履行に対し適切な保証を、正当な要求を受けた後三〇日を超えない合理的期間内に提供しない、契約の拒絶となる。
  - (69) Farnsworth, Contracts, p. 488.
  - (70) Farnsworth, Contracts, p. 488.
  - (71) Farnsworth, Contracts, p. 488.
  - (72) Farnsworth, Contracts, p. 489.
  - (73) 例えは、BAIL Banking Corp. v. UPG, Inc., 985 F. 2d 685 (2d Cir. 1993) 参照。
  - (74) 例えは、Pittsburgh-Des Moines Steel Co. v. Brookhaven Manor Water Co., 532 F. 2d 572 (1976) 参照。
  - (75) 例えは、Kaiser-Francis Oil Co. v. Producer's Glas Co., 870 F. 2d 563 (10th Cir. 1989) 参照。
- 履行期前の不履行と解除 (石崎)

- (76) 阪大<sup>134</sup> Universal Resources Corp. v. Panhandle Eastern Pipe Line Co., 813 F. 2d 77 (5th Cir. 1987) 参照。
- (77) New York (State) & W. M. McKinney, McKinney's Consolidated Laws of New York annotated, Uniform Commercial Code 492 (1993).
- (78) Farnsworth, Contracts, p. 493.
- (79) Farnsworth, Contracts, p. 493.
- (80) 阪大<sup>134</sup> Pacific Western Resin Company v. Condux Pipe Systems, Inc., 771 F. Supp. 313 (D. Or. 1991) 他参照。
- (81) Farnsworth, Contracts, p. 491.
- (82) Farnsworth, Contracts, p. 491.
- (83) Farnsworth, Contracts, p. 491.
- (84) Creusot-Loire International, Inc. v. Coppus Engineering Corp., 585 F. Supp. 45 (1983).
- (85) *Ibid.*, at 50. 又<sup>134</sup> 上記判決に關しては<sup>134</sup> R. Summers & R. Hillaman, Contract and Related Obligation 861 (2d ed. 1992) も参照。
- (86) UCC §2-611 [履行期前の履行拒絶の撤回]
  - (1) 履行拒絶をした当事者は、履行期が到来するまではその履行拒絶を撤回できる。ただし、被害当事者が履行拒絶を受けた後に契約を解除するか又は実質的な地位の変更を行なうか、若しくは当該履行拒絶を最終的なものと見なすということを表示する場合にはこの限りではない。
  - (2) 履行拒絶の撤回は、拒絶当事者が被害当事者に履行の意思を明確に表示するいかなる方法によることもできる。ただし、本編の規定 (§2-609) に基づき正当に要求された履行の保証を含むものでなければならぬ。
  - (3) 履行拒絶の撤回により、履行拒絶により生じた被害当事者の履行遅滞に対しては、その正当な抗弁と承認を伴うが、契約のもとに履行拒絶当事者の権利は再び生ずる。
- (87) 例大<sup>134</sup> Neptune Research & Development, Inc. v. Teknics Industrial Systems, Inc., 563 A. 2d 465 (N. J. Super. A. D. 1989) 参照。
- (88) New York (State) & W. M. McKinney, *supra* note 77, at 497.

- (89) Squillante, Anticipatory Repudiation and Retraction, 7 Val. V. L. Rev. 373 (1973).
  - (90) Calamari & Perillo, Contracts, p. 528.
  - (91) UCC §2-611 (3); Calamari & Perillo, Contracts, p. 528.
  - (92) 例<sup>24</sup> Record Club of America, Inc. v. United Artists Records, Inc., 643 F. Supp. 925 (S. D. N. Y. 1986) 参照。
  - (93) Calamari & Perillo, Contracts p. 529.
  - (94) Farnsworth, Contracts, p. 485.
  - (95) Johnstone v. Milling (1886), 16 Q. B. D. 460, 472; Michael v. Hart & Co. [1902] 1 K. B. 482.
  - (96) Harveia Investment Ltd. v. Royal Trust of Canada (C. I.) Ltd. [1986] A. C. 207, 227; Treitel, Contract, p. 771.
  - (97) Renner Co. v. McNeff Bros., 102 F. 2d 664 (1939).
  - (98) Calamari & Perillo, Contracts, p. 530.
  - (99) Calamari & Perillo, Contracts, p. 531.
  - (100) 例<sup>24</sup> Reliance Coöperage Corp. v. Treat, 195 F. 2d 977 (1952) 参照。
  - (101) 例<sup>24</sup> Fowler v. A & A Company, 262 A. 2d 344 (1970) 参照。
  - (102) Calamari & Perillo, Contracts, p. 531.
  - (103) UCC §2-610 (a); Calamari & Perillo, Contracts, p. 531 参照。
  - (104) Restatement (2d) §250
- 陳述又は行為が拒絶である場合、拒絶とは以下のものをいう。
- (a) 債務者による債権者に対する陳述が、違反それ自体が債権者に §243 のもとで全面的違反に対する損害賠償請求権を与えるであろうような違反を債務者が侵すであろうことを示すとき。又は、
  - (b) 債務者がそのような違反なしには履行を不能とするか又は外観上不能とするような任意の積極的な行為。
- なお、Restatement (2d) の訳については、松本恒雄「第二次契約法リステイメント試訳」民商法雑誌九五巻一号一三六頁以下（一九八六年）も参照。
- (105) The American Law Institute, Restatement of the Law: Contracts (2d) 274 (1981). 以下、Law Institute, Restatement と履行期前の不履行と解除（石崎）

引用する。

(106) Restatement (2d) §251〔保証を提供しないことが拒絶として扱われうる場合〕

(1) 不履行による違反自体が、債権者に §243 のもとで全面的違反に対する損害賠償請求権を与えるであろうような違反を債務者が侵すであろうということを信じさせる合理的な理由があるときは、債権者は本来の履行の適切な保証を要求し、かつ、合理的であれば、そのような保証を受けるまで合意された給付をまだ受け取っていないことを理由に、いかなる履行も停止することができる。

(2) 債権者は、債務者が具体的状況において適切な本来の履行の保証を合理的期間内に提供しないことを、拒絶として扱うことが出来る。

(107) Law Institute, Restatement, p. 277.

(108) Law Institute, Restatement, p. 278, 設例 1 を参照。

(109) Law Institute, Restatement, p. 279, 設例 2 を参照。

(110) Calamari & Perillo, Contracts, p. 519.

(111) Law Institute, Restatement, p. 281.

(112) Calamari & Perillo, Contracts, p. 520.

(113) Farnsworth, Contracts, pp. 491-492.

(114) Restatement (2d) §253〔違反としての履行拒絶の効果および相手方の義務に及ぼす効果〕

(1) 債務者が不履行による違反を侵す前に、かつ、合意された給付のすべてを受ける前に、ある義務を拒絶する場合には、当該拒絶のみにより全面的違反に対する損害賠償請求権が生ずる。

(2) 双務契約のもとで履行がなされるべき場合に、履行をなすべき一方当事者の履行拒絶は、相手方の残存する履行義務を消滅させる。

(115) Law Institute, Restatement, p. 286.

(116) Restatement (2d) §254〔事後の出来事が損害賠償支払義務に及ぼす効果〕

(1) 履行拒絶による全面的違反に対する一方当事者の損害賠償支払義務は、もし違反の後、被害当事者の反対給付の履行の全面



的不履行があったであろうということが明らかとなれば、消滅する。

(2) 履行拒絶による全面的違反に対する一方当事者の損害賠償支払義務は、もし違反の後、当該拒絶された義務が、実行困難性や契約目的達成不能により、不履行による違反の前に消滅していたであろうということが明らかになれば、消滅する。

(117) Law Institute, Restatement, p. 291.

(118) Restatement (2d) §257. (履行拒絶にもかかわらず履行を請求する場合の効果)

被害当事者が、履行拒絶者にその履行拒絶にもかかわらず履行を請求したり、拒絶の撤回を求めることにより、拒絶の効果は変わらない。

(119) Law Institute, Restatement, p. 296.

## 二 ドイツ法における履行拒絶

### 1. 一般給付障害法

ドイツ民法典 (BGB) においては、給付障害法に関し統一的な給付障害概念は採用されていない<sup>(120)</sup>。今日では給付障害のいくつかの類型があることが知られているが、給付の不能がその中心的な位置を占めている<sup>(121)</sup>。給付の不能が、遅滞の規定とともに、何故BGBの給付障害の中心的概念となったのかについては、普通法において一九世紀の末までに到達した、債務の概念の展開を背景としてみたときに初めて理解できる<sup>(122)</sup>。そこでは、両当事者の義務は遂行されねばならず、万一の場合には強制されうるものでなければならないという契約への拘束<sup>(123)</sup>、現実履行の優先の思考が支配的であった<sup>(124)</sup>。例えば Windscheid は、債務者が履行しないときには、裁判官に訴え、本来の義務の履

行を強制力をもって実行することを請求権の内容とみるといった具合である。

ドイツ民法典（BGB）においては、客観的原始的不能の場合には、§306 BGB により契約の無効が生ずるが、<sup>(126)</sup> 歴史的理由から給付障害の事例とは見られず、主たる給付義務の消滅という最も強い作用である無効という法律効果が生ずる。<sup>(127)</sup> これに対し、原始的主観的不能は法律には規定がなく、債務者は常に責任を負うのかあるいは一定の状況において解放されるのかは争われている。<sup>(128)</sup> また契約締結後に客観的不能や主観的不能が現われると、§323 I BGB 又は §325 I BGB により、債務者の反対給付義務の消滅が導かれる。<sup>(129)</sup>

しかし、こうした不能の規定を例外とする現実履行の優先に対し、裁判及び執行機関により強制される履行は、多くの場合もはや契約でもって獲得したいというものではないということが、顧慮されていない。<sup>(130)</sup> そこで、契約による義務の根拠づけに対する逆の過程としての契約義務からの解放が、比較的新しく、ローマ法の裏づけなしにというよりむしろローマ法に反して、展開されることになる。<sup>(131)</sup> 一八六一年のドイツ普通商法典の影響のもとに、§326 BGB において、債権者には債務者の遅滞の場合に、付加期間（猶予期間）<sup>(132)</sup> の定めと拒絶の警告のもとで、本来的給付目的から解放される機会が与えられた。<sup>(133)</sup> ここで重要なことは、債権者による付加期間の定めと拒絶の警告でもって、裁判官の介入なしに本来的契約の履行から解放されることであり、同時に、不能とは対照的に自動的に不可避の結果が生ずるというよりはむしろ、第一次的給付の放棄と障害された双務契約を清算する途という二つの決定が、債権者の手中にあるということである。<sup>(134)</sup>

一般的に給付の障害に際し、BGB では三つの法的救済が規定される。<sup>(135)</sup> すなわち、第一に、履行を請求しそして強制を求めること、第二に、相手方に帰責事由がある限り損害賠償を請求すること、第三に、主たる給付義務の消

減を主張するか又は既給付の返還を求めること、である。そして第四の補完的法的救済として減額が加えられる。

さて、付加期間の制度は、契約の解消の前に、相手方にもう一度履行の機会とそれに必要な期間を与える法制度であり、一般的法感情に対応したものはあるが、実務的には不安定さと紛争をもたらすものである。<sup>(137)</sup> 特に §326

I 1 BGB に要求される期間徒過後の給付の受領の拒絶の警告はしばしばなされず、その必要性は商人にもなじみがなかったからである。なお、この §326 I BGB による付加期間の徒過の際に、履行請求権は自動的に消滅し、<sup>(138)</sup>

債権関係は清算関係に変容する。<sup>(139)</sup> また、付加期間の定めは、債権者が既に遅滞を理由として契約の履行に何の利益もはやないときには、必要ないということを §326 II BGB が明らかにする。<sup>(140)</sup> そこで、履行の時期が特に重要な場合（絶対的定期行為）には、付加期間の徒過は必要ない。<sup>(141)</sup> 例えばクリスマスツリーは、十二月二十五日にはもはや

売れないし、旅行の開始又は接続便の期間の徒過は、旅行の給付がもはやなされえないということを意味しうる。<sup>(142)</sup>

また債権者の履行への利益が、一定の時点で「絶対的」には確定されないが、定められた一定の期限付の場合に、期間の定めなしでも期間が徒過した場合に解除が可能となる（相対的定期行為 §361 BGB）。

## 2. 履行遅滞後の履行拒絶

1. で見たような状況を背景として、履行遅滞後の履行拒絶に対して Leber は以下のような趣旨の見解を示す。すなわち、履行遅滞出現後の履行拒絶を考慮すると、<sup>(143)</sup> ここでは §326 BGB が直接的に役立つ。というのは、履行拒絶は債務者に何の解放事由も手助けしない限り、同時にその時点での債務の不履行であるからである。履行拒絶は、その際特定の給付障害形態では問題とならない。問題となりうるのは、債務者が履行を断固として明確に拒絶

したときに、付加期間はなおも意味あるものとして求められるべきかどうかということのみである。例えば、債権者とは全く何の契約も締結していないということに後で依拠する債務者に対しては、付加期間は空虚で過度の形態と思われる。実務はそれを履行拒絶において、同時に債務者の期間の定め放棄と見ることで役立てた。その際にはドイツ普通商法典の判例に依拠することができた。履行遅滞後の拒絶が十分真摯かつ最終的に表明されるときには、もはや期間の定め放棄と見なされる必要はない。むしろこの要件の指標は、債務者の拒絶により不必要となり、§326 BGB の要件はその限りで修正される。債権者は、付加的な時間的な徒過なしに契約の第一次的義務から解放される。それは実務においては事実上広く認められており、そして個別的に履行期前の履行拒絶との関係でなお詳細に根拠づけられうる、と。

このように Leser にすると、履行期後の履行拒絶は、修正された §326 BGB の要件のもと付加期間の定めなしに解除ができるとされる。これに対し、解除の要件としての理論構成に関しては、いくつかの学説が主張された。ドイツ給付障害法では不能がその中心的位置を占めていた関係もあり、ある学説では、履行拒絶は不能 (§§280, 325 BGB) の場合と同じように扱われるべきだと主張された。<sup>(15)</sup> しかし履行不能では、履行請求が排除される (§§280, 325 BGB) になるとするが、履行拒絶の場合には履行請求権も存するわけであるから、債務者が拒絶の意思表示をすることで契約義務を免れるようなことは認めべきではないと批判される。<sup>(16)</sup> また利益喪失として履行拒絶を把握しようという考え方に対しては、履行拒絶が必然的に利益喪失を導くということは示されえないし、<sup>(16)</sup> 債権者は履行に固執することも自由であるという批判がある。

一方、ライヒ最高裁判所（RG）判決では、履行拒絶の場合に期間の定めをすることは行きすぎであり、債務者

の拒絶は、期間の定め  
の必要性の放棄を意味するとの見解をとるものがあつた。<sup>(149)</sup> また放棄思考の代わりに、期間の定め  
の過度性と目的の喪失性が、§326 I BGB の前提の目的論的低下により根拠づけられるとするものもあつた。<sup>(150)</sup>  
しかし RG 判決によって主張された「放棄思考」は正当にも批判される。<sup>(151)</sup> 債務者が契約の成立を否定しているときは、放棄しているのではない。<sup>(152)</sup> また、拒絶により約束した給付の代わりに、より負担の大きい損害賠償を引き受ける覚悟であるということは、債務者の意思と矛盾すると批判される。<sup>(153)</sup>

そもそも履行期後の履行拒絶においても、履行拒絶といえるためには真摯かつ最終的な債務者の拒絶の意思を表明するものでなければならぬ。したがって、債務者の拒絶の意思表示を信頼した債権者は、直ちに解除をすることが認められるべきものといえよう。これは、債務者は自らの意思の表明に拘束されるとする思考に添ったものであり、条文的には §326 II BGB の適用又は類推適用といふことになるものと思われる。そして、債権者としては、<sup>(154)</sup> 履行請求権を喪失することはない。債権者としては、選択枝として §326 I BGB の権利行使をする方途があるが、その際履行請求権は §326 I BGB の権利行使により消滅する。<sup>(155)</sup> また §326 I BGB に基づく権利は、債務者が債権者の履行請求後に履行の準備の意思表示をすると、もはや行使することはできなくなる。<sup>(156)</sup>

### 3. 履行期前の履行拒絶

Leser によると次のように言われる。すなわち、履行期前の履行拒絶においては、その時点における不履行はまだ生じていず、将来的な展開によって初めて生ずる。しかし、債権者には債務者が契約を真摯に拒絶した給付を履

行期に至るまで待つことは、期待されえないということが明らかである。債権者は、早期に拒絶によって生じた状態を処理できなければならない<sup>(157)</sup>、と。

ところでドイツ民法典の給付障害法体系は、不能が中心に据えられ、それに遅滞の規定が併存する構造となっているが、この二つの類型には収まりきれないいくつかの給付障害形態が存する。この中の一つに数えることができるのが履行期前の履行拒絶である。

ことに Staub は、一九〇二年第二六回ドイツ法曹大会において、不能および遅滞以外の給付障害形態を積極的契約侵害と呼び、問題提起を行なった<sup>(158)</sup>。ライヒ最高裁判所は直ちに Staub の提言を容れ、不能、遅滞と並ぶ第三の給付障害形態として積極的債権侵害を確立させた<sup>(159)</sup>。この Staub の問題提起、すなわち、不能と遅滞が、給付障害の決定的な規律を形成している BGB の法体系を克服し、他の新たな契約侵害の形態の規律の余地を創出しようという試みは、一部にその概念規定の不完全性に対する攻撃は見られたものの、その功績は低下させるべきではないと評価されている。その後、ライヒ最高裁からドイツ連邦通常裁判所の一連の判決において、履行期前の履行拒絶は一貫して積極的債権侵害として捉えられている<sup>(160)</sup>。

学説には、履行期前の真摯な履行拒絶は、最終的な不履行のケースと見なされ、§325 BGB の不能の規定が適用される<sup>(161)</sup>との主張もあった。これに対し Heinrich Stoll は、履行拒絶においては給付の確実性又は不確実性が問題となっているのではなく、危殆化が問題となっているのであり、最終的な拒絶もなお強制的な実現が未決定でありうる<sup>(162)</sup>とし、履行期前の履行拒絶に対しあらゆる場合に付加期間の定めを求める<sup>(163)</sup>。

一方、Rabel は債務者の意思表示に契約拒絶の本質を見ることにより、債務者は自分の言った言葉に対し拘束さ

れ（表明した意思への拘束<sup>(164)</sup>）、責任が生ずるという点に即時の法的救済を認める<sup>(165)</sup>。これは、英米法のエストツペルの思考の影響を受けたものであるが、同時に §242 BGB によりドイツ法にも還元されうる<sup>(166)</sup>。このような Rabel の構成の原初的形態は、既に Krickmann に<sup>(167)</sup>「自己」の真摯な意思表示に反する態度をとることは許されないということに、期間の定めのない解除権の正当化を求める主張に現れていた。

判例および通説<sup>(168)</sup>では、履行期前の履行拒絶は積極的債権侵害とされるが、積極的債権侵害は基本的には付随義務の侵害として生ずるものである<sup>(169)</sup>。しかし履行拒絶を、給付誠実義務違反であり積極的債権侵害と見る構成は、履行拒絶は保護義務又は付随義務が侵害されたということではなく、給付義務自体が拒絶されており、明らかに他の積極的債権侵害の形態とは区別されるものであるところから、批判されうる。そこで、履行期前の履行拒絶に際しては、期間の定めと結びついた付加期間の徒過は必要ではなく、履行期前の真摯かつ明確な履行拒絶は給付障害の一つの独自の類型とみることもできる<sup>(170)</sup>。

次に、履行期前の履行拒絶に帰責事由が必要か否かという問題に関し、Rabel は帰責事由を不必要とするが、一般的には現行法では必要だと考えられている。この場合に、契約義務に対する債務者の拒絶の態度から、即時の契約解除の決定的な法的正当化を導き、そこに帰責事由を認める<sup>(171)</sup>といった方途も考えられる。

この問題は、現行ドイツ民法では給付障害法と解除法の統一原理を欠いているところから、他の給付障害形態および解除法の綿密な検討を経た後でなければ、その結論を出すことは困難な問題ではないかと思われる。しかし、給付障害を理由とする法的救済としての解除が可能となる場合は、契約遂行における障害がもたらす侵害が、当該当事者に重大な不利益を与える場合に帰着させる<sup>(172)</sup>ことができよう。事実上の不能による不履行はその典型であり、

この不能概念が拡大されたものともいえる、経済的不能、倫理的不能も、さらには定期行為もこの範疇に入れることができる。<sup>(14)</sup>そして履行拒絶および債権者の特別の利益により、即時解除が正当化される場合を加えることができる。<sup>(15)</sup>

Beinertによると、一九世紀に「契約は守らねばならない」ということと、解除の必要性とが勘案されて、不能と遅滞の解除には帰責事由が必要とされた<sup>(16)</sup>とされる。これに対し、Huberは統一売買法に倣い、明確に契約の解除を重大な契約違反に依拠させており、その鑑定意見にその構想が示されている。<sup>(17)</sup>

こうした方向での解除の要件としては、義務違反の外形で主観的な帰責性ではなく、義務違反の重大性および債権者の利益への影響が、決定的な要素であり、<sup>(18)</sup>さらには、重大性が確定期の徒過および最終期限を理由に受け容れられない限り、債権者および債務者の利益の衡量が行なわれる。<sup>(19)</sup>

さて、その給付障害の一形態としての履行拒絶は種々の形をとりうる。それは、契約がそもそも成立していないとの主張、<sup>(20)</sup>契約の放棄を理由とするもの、又は相殺の主張、<sup>(21)</sup>合理的根拠を欠く解除権の行使の他、<sup>(22)</sup>契約内容の重大な変更の要請、不当な解雇、根拠を欠く苦情、負担を負っている修補等の拒絶といった形をとって現れる。しかし、履行拒絶が正当な法的権利の行使に基づくときは、拒絶とはならない。<sup>(23)</sup>§320 BGBの同時履行の抗弁権に基づく<sup>(24)</sup>と、また留置権<sup>(25)</sup> (§273 BGB)、不安の抗弁権<sup>(26)</sup> (§321 BGB)の正当な権利行使によるときは、履行拒絶とはならない。<sup>(27)</sup>

このように履行拒絶が拒絶当事者の正当な権利行使に基づく場合には、履行拒絶があったものと即断し、契約解除等の法的救済方法を行使すると、逆に自分が履行拒絶を侵したことになる。また真摯かつ明白な履行拒絶といえ



るかどうか判然としない場合にも、同様の危惧がある。そこで判例によると、債務者が履行するということに債権者が疑い<sup>(189)</sup>を有するときは、§326 I BGB の類推適用により、債務者が履行できるということ、あるいはその準備のための意思表示のために期間を定めて、その徒過の後に債権者は債務者を契約違反とすることができるとされる<sup>(190)</sup>。ただこの期間を定めてその徒過の後に解除するという方式は、ドイツ独自の方式であって、履行拒絶の場合にアメリカ法他で採用される保証の提供という方法とは異なる点に留意する必要があるう。

次に履行拒絶の法効果に関してであるが、履行拒絶に際しては相手方の契約の解除は、自動的に生ずるのではなく、債権者の選択権行使の結果生ずるという点への注意が肝要と思われる。履行期前に履行拒絶の意思を伝達する債務者はその動機として損害の軽減<sup>(191)</sup>という目的を持ってそうする場合も多いのではないかと思われる。つまり、債務者は履行期前に、履行期に履行できないか又はその意思がないということを伝えることにより、債権者債務者双方の損害の軽減を図ろうとしているという場合もあるのではないかと思われる。こうした観点からは、債務者の一定の保護の必要性も考慮されてしかるべきものといえよう。いずれにせよ債権者は、債務者の履行拒絶に際し、履行請求権を失うことはない。債権者の履行請求の決定・選択は尊重されるべきであり、履行請求が濫用と評価されるような場合には、信義則<sup>(192)</sup> (§242 BGB) で対応し、債務者の保護を図るということになろう。

逆に債権者が、債務者の意思表示に際し、解除・損害賠償の権利を行使した後では、債務者には拒絶の意思表示の撤回は排除される<sup>(193)</sup>。判例では、物の瑕疵を除去することを最初に拒絶した請負人は、注文者が請負人の拒絶に対して何もしていない限り、撤回して修補の提供ができるとされているが、学説は一致して、債権者が債務者に他の法的救済（解除・損害賠償）へ移行するということを伝えて初めて撤回ができなくなるとする<sup>(194)</sup>。もちろん代替取引

を開始した場合にも同様である。<sup>(192)</sup>したがってドイツ法においても、アメリカ法におけるように、債権者がその地位の実質的変更を行なったときには、債務者はもはや撤回できないとの見解を採ることも可能といえよう。また履行拒絶者（債務者）の保護という面では、さらに一定の保護が考えられる。確かに債務者は、履行を拒絶し、債権者に契約関係を履行期前に清算することを強制することはできない。<sup>(194)</sup>しかし、§§355, 466 BGB の法思考から、債務者は債権者に履行期前の履行拒絶に対する意思表示を求め、それに対して期間を定めることが許されよう。<sup>(195)</sup>なお、この規律はドイツ債務法改正委員会草案において採用されている。

#### 4. ドイツ債務法改正委員会草案

既述したように現行ドイツ民法典の給付障害法に構造的欠陥が存するため、判例・学説によってその欠缺、不備を補充すべく理論的展開がなされてきた。その問題点の核心は給付障害の統一概念を欠いているということにあった。そこでドイツ債務法改正委員会草案において、給付障害の統一概念として「義務違反」が導入される (§288 BGB-KE)。この「義務違反」概念は、従来の用法とは異なり、帰責事由等とは全く無関係の単なる給付障害という事実そのものを指しており、「不履行」という呼称を用いても別段問題はないといえよう。<sup>(197)</sup>

また解除要件論に関しても、現行法の欠陥が解除要件の多様性に存すると債務法改正委員会は考える。<sup>(198)</sup>そこで委員会草案では、給付障害法の中心的な指標としての「義務違反」の基本要件を前提として、あらゆる種類の「義務違反」の場合に双務契約の解除が可能となる。<sup>(199)</sup> (§323 I BGB-KE)。これにより、個々の給付障害間の区別又は契約上の解除と法的解除間の区別はもはや存しない。<sup>(200)</sup>

そして委員会草案はウィーン国連売買条約に倣い、義務違反の重大性を契約解除の要件として抽象的に定義する(Unidroit の国際商事契約原則も同様)が、結局付加期間徒過による解除を原則的には採用した<sup>(20)</sup>。また即時解除が可能な場合として、不能、絶対的定期行為、履行拒絶、経済的不能 (§323 II 1 BGB-KE)、<sup>(20)</sup> 相対的定期行為 (§323 II 2 BGB-KE)、即時解除の特別の利益のある場合 (§323 II 3 BGB-KE) を挙げている。殊に履行期前の義務違反を理由とする解除規定が置かれる<sup>(20)</sup> (§323 IV BGB-KE)。これはウィーン国連売買条約七二条の影響を受けて形成されたものであるが、ここで最も注目すべき点は、ドイツの判例・学説による履行拒絶の理論的展開を一気に凌駕し、履行期前の履行拒絶のみならず、履行期前の履行不能をも包含し、履行期前の一般的給付障害を理由とする解除の統一規定を制定したものであるというところであろう。したがって、これにより従来の給付障害法体系で不能として扱われてきた類型が、ここで履行期前の義務違反による解除として扱われることとなり、給付障害法の体系変更の一例として刮目すべき点である。この履行期前の違反による解除の統一規定に関しては、次の「三 比較法」の検討を通して明らかにしたい。

- (10) Zimmermann, Reformbedürftigkeit des BGB im Leistungsstörungen, Gewährleistungs- und Verjährungsrecht, Jura 10 (1997) S. 540.
- (11) Zimmermann, a. a. O., Fn. 120, S. 540.
- (12) Leser, Die Erfüllungsverweigerung, Ein Typ der Leistungsstörungen, in: Ius privatum gentium, Festschrift für Rhein-stein, Bd. II (1969) S. 644. 314 Leser, Erfüllungsverweigerung 161 以下。
- (13) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 644.
- (14) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 655.

履行期前の不履行と解除 (石崎)



- (13) Schlechtriem, Aufhebung, S. 530.
- (14) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 648.
- (15) Fritz, Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners, AcP 134 (1931), S. 213f. ㄱㄴ BGH WM 1981, 797 ㄴㄴㄴ
- (16) Stoll, Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung-Betrachtungen zum dreißig Jährigen Bestand der Lehre, AcP 136 (1932), S. 307.
- (17) Sheng-Lin Jan, Die Erfüllungsverweigerung im deutschen und im UN-Kaufrecht, 1992, S. 66. ㄴㄴ Jan, Erfüllungsverweigerung ㄴㄴㄴㄴㄴ
- (18) Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 96 (1905), S. 60.
- (19) RGZ 51, 347, 350.
- (20) RGZ 57, 105, 113f.
- (21) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 72.
- (22) Hermann Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, (2. Aufl. 1913) S. 62.
- (23) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 72.
- (24) Wertenbruch, Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus §326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners, AcP 193 (1993), S. 197.
- (25) Wertenbruch, a. a. O., Fn. 154, S. 203. ㄱㄴ §326 I BGB ㄴㄴ
- (26) Wertenbruch, a. a. O., Fn. 154, S. 197.
- (27) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 648.
- (28) Staub, Über die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift zum 26 Deutschen Juristentag, 1902, S. 29 ff.
- (29) RGZ 54, 98.
- (30) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 649.
- (31) RGZ 57, 105, 113; BGH NJW 1986, 842, 843; BGHZ 65, 372.

履行期前の不履行と解除 (石崎)

- (28) Fritz, a. a. O., Fn. 145, SS. 197, 204, 209, 212; Hornst Heinrich Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, 1969, S. 49 ff.
- 『44』 Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil (6. Aufl. 1984) §28 III 2C 参照加付。
- (29) Stoll, a. a. O., Fn. 146, S. 307f.
- (30) Stoll, a. a. O., Fn. 9, S. 619.
- (31) Rabel, a. a. O., Fn. 133, S. 382ff.
- (32) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 652ff.
- (33) Krickmann, Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, AcP 116 (1918), S. 157. 『44』 Fritz, a. a. O., Fn. 145, S. 246ff. 参照加付。
- (34) Volker Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen, (4. Aufl. 1997) S. 242; Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht (8. Aufl. 1992), Rn. 367; Kahl Larenz, Schuldrecht I (14. Aufl. 1987), §24 Ia, S. 365; Dieter Medicus, Schuldrecht, I Allgemeiner Teil (8. Aufl. 1995), S. 195 参照加付。
- (35) Schlechtriem, Aufhebung, S. 532.
- (36) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 653.
- (37) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 655.
- (38) Flessner, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, ZBwP Nr. 2 (1997), S. 298. 以下『Flessner, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung』を以下に略す。
- (39) Schlechtriem, Aufhebung, S. 538.
- (40) Schlechtriem, Aufhebung, S. 538.
- (41) Schlechtriem, Aufhebung, S. 539.
- (42) Dieter Beinert, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, 1979, SS. 176ff., 181ff.
- (43) Ulrich Huber, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. I, 1981, S. 705 f. 以下「下森定二岡幸編・ドイツ債務法改正委員会草案の研究七九頁以下(法政大学出版局「一九九六年」も参照(平野裕之執筆))」。

- (87) Schlechtriem, Aufhebung, S. 542.
- (87) Flessner, Befreiung, S. 297.
- (88) BGH NJW-RR 1987, 1158, 1159.
- (88) RGZ 52, 150, 152.
- (89) BGH NJW 1987, 432, 433.
- (89) BGH NJW 1977, 58, 581.
- (89) BGHZ 84, 42, 44 ; BGH NJW 1966, 200 ; BGH NJW-RR 1987, 1158, 1159 ; BGH NJW 1991, 2135, 2137.
- (89) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 46.
- (89) BGH WM 1976, 75, 76 ; BGH NJW 1977, 35, 36 ; BGH NJW 1983, 989.
- (89) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 655ff.
- (89) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 132.
- (89) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 109.
- (89) BGH ZIP 1990, 1265, 1266 = EWIR 1990, 1075.
- (89) 岡本邦子, Günter Hager, Die, Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht, 1975, S. 176.
- (89) Stoll, a. a. O., Fn. 9, SS. 617, 634.
- (89) Hager, a. a. O., Fn. 191, S. 90 ; Stoll, a. a. O., Fn. 9, SS. 617, 622.
- (89) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 657.
- (89) Leser, Erfüllungsverweigerung, S. 657.
- (89) §323 V BGB-KE

債務者は、債権者に対して、解除権行使のための相当の期間を定めることができる。債権者は、この期間内に解除権を行使しなかったときは、自己の定めた相当の期間が経過した後に、又は催告が効果がなかった後にはじめて契約を解除することができる。(なお、条文訳については、下森＝岡本・前出注(17)を参照。)

- (197) 石崎泰雄 「瑕疵担保責任と債務不履行責任との統合理論」早稲田法学七〇巻三三二頁（一九九五年）。
  - (198) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, §323 BGB -KE, III. 3.14 'Abschlußbericht への引用を。' 3.14 'Ziegler, a. a. O., Fn. 139, S. 179 を参照。
  - (199) Abschlußbericht, §323 BGB-KE, VI; Ziegler, a. a. O., Fn. 139, S. 180.
  - (200) Ziegler, a. a. O., Fn. 139, S. 179.
  - (201) Abschlußbericht, §323 BGB-KE, IV. なお、この規定部分についての委員会草案の評価に関しては、下森＝岡編・前出注(177) 七三頁以下（平野裕之執筆）参照。
  - (202) Abschlußbericht, §323 BGB-KE, IV; Ziegler, a. a. O., Fn. 139, S. 180.
  - (203) §323 IV BGB-KE
- 解除権のための要件が満たされることが明らかであるときは、債権者は、期日の到来前でも解除をすることができる。

### 三 比較法における履行期前の違反

「一」および「二」において、英米法、ドイツ法の考察をしたが、ここでは、さらに比較法的視点から、ウィーン国連売買条約（CISG）、ユニドロワ国際商事契約原則（PICC）、ヨーロッパ契約法原則（PECL）、それに諸国の立法を考察することにより、今日のさらには将来の世界的方向を見定めることができる<sup>(204)</sup>と考える。

さて、元来給付障害の出現に際し、債権者が履行請求権を行使するときには、債務の履行に利益があるからであり、同時に債権者自身も約束した反対給付の準備をしなければならぬ<sup>(205)</sup>。不履行によって生じた債権者の自己の契約義務からの解放は、ここでは契約からの解放として特徴づけられる。不履行（給付障害）の一般的法律効果とし



ての「契約解除」の導入は、先給付の返還を目ざすことにあるのではなく、契約遵守当事者の解放がその主たる目的である。<sup>(286)</sup>

Flessner によると、不履行に関し以下の如く論じられる。すなわち、不履行の明確な形は、物が引渡されないとか、工事がなされないとか、代金又は賃金が支払われないといったように義務ある履行が予定された時になされないときに認められる。こうした状況でいつ契約履行の利益を失い、その義務からの解放を得ようとするのかという時が一つの問題である。履行がないことの理由は非常に多岐にわたりうる。債務者が、例えば自己の義務を否定する故に、履行の意思がないということがありうる。また履行を妨げる経済的、組織的問題があるが、直ちにそれを克服したいと思っているということもありうる。この最後の場合には、契約をできるだけ長く維持することに利益があり、その結果、自己の履行により債権者の反対給付を確保し、それでもって契約に投資した自己の資金を確保する。履行がないという場合には、債権者はその解放のためにはどれくらいの間待たねばならないか、そして、不履行債務者は契約利益をなおも望むことが許されるか、ということが決定されるべきである。これは一つには、いつの時点から履行のないことが重大な契約違反となるかどうかということにかかっている。そしてさらに、何によって、いかなる手続によって、債権者はその解放を達成しうるかということにかかっている。<sup>(287)</sup>

ここに不履行(給付障害)法において枢要な位置を占める解除の要件として、重大な契約違反<sup>(288)</sup>という要素が浮かび上がってくる。ここに(CISG, PICC, PECL等)いう重大な契約違反は、イギリス法やアメリカ法のそれとは異なり<sup>(289)</sup>るが、CISG §49 Ia, §64 Ia, PICC §7.3.1.1, PECL §9:301 (1) (ex. §4.301 (1))にその概念を見ることがができる。比較法的には、重大な契約違反(又は実質的違反)として積極的に規定される法秩序としては、ア

メリカ、スウェーデン、ノルウェー、スイス等においてであり、消極的に解放の障害として捉えるのが、イタリア民法、オランダ新民法である。<sup>(20)</sup> 契約解除の要件としての重大な契約違反の機能は、この規定を有しないドイツでは、不能 (§323 I BGB, §325 I 1 BGB) および履行利益の喪失 (§323 I 2 BGB, §326 I 3, II BGB) に関する BGB の規定や、積極的債権侵害の場合の契約維持の期待不可能性という判例法が対応しているとされる。<sup>(21)</sup> また既に見たようにイギリスでも不履行の「重大さ」が解除の要件とされるようになってきている。

ここでは、その重大な契約違反の一つの類型といえる履行期前の違反に主として焦点を当てながら、比較法的到達点を探ることにする。

# 1. ウィーン国連売買条約 (CISG)

## (1) CISG 七二条

ウィーン国連売買条約 (CISG) は、給付障害法の構造において英米法やスカンジナビア法のように契約違反の統一概念に依拠しており、不履行のあらゆる形態（契約および条約によってその義務を果たさないととき）は、統一的法的救済のもとにある。<sup>(22)</sup>

債務者が、債務の履行期後にその履行を拒絶すると、CISG によるといわゆる履行拒絶の類型とは異なった一般規定に服する。そこで、履行期前の履行拒絶を含めた履行期前の違反の類型が、他の給付障害から独立して CISG 七二条に規定される。<sup>(23)</sup> この CISG 七二条は履行期前の履行拒絶のみを狙ったものではない。本来は履行期前の違反の原理の淵源たるイギリス法のように、将来の重大な違反に対する一方当事者の意思の主観的な意思表明を

狙ったものであったが、C I S Gの前身たるハーグ条約 (ULIS §76) においては、客観的一般的給付障害がその対象とされた。<sup>(24)</sup>

もちろんC I S G七二条の成立史においては、コモン・ローの本来的な形態としての履行拒絶に限定することを求めるアメリカ代表委員からの提案もなされたが、結局現在の形となった。<sup>(25)</sup> また本規定に対しては、発展途上国から、先進国の工業製品の売主に有利であるとの反対意見が出されたが、そのことは履行期前の契約違反の原理になりがいない<sup>(26)</sup>ということもあつてのことと思われる。だが、拒絶当事者にも相当な保護が与えられているということもあり、発展途上国を中心とした反対意見は否決された。<sup>(27)</sup>

いずれにせよ本規定は、被害当事者が契約解除の法的救済を行使しうるために契約違反の出現まで待つことは期待できないということ、それに将来生ずる契約違反を理由に契約の意図された目的が、もはや達成できないということが認められるときに、被害当事者の行動の自由を即座に取り戻すといったことを立法理由として規定された。<sup>(28)</sup> これには、相手方が重大な契約違反を侵すであろうということが、明白かつ最終的な履行拒絶によるか、又は他の何らかの客観的状況から履行しない<sup>(29)</sup>ということが明白であるということが、前提要件となる。殊に客観的給付障害は、引渡義務の履行期前の火災による売主の工場の滅失、売買目的物の輸出入の禁止<sup>(30)</sup>、通貨統制措置による支払制限、買主側の債務超過、目前に迫った破産宣告等<sup>(31)</sup>が挙げられる。履行拒絶の方は、債務者が契約の有効性に対して意義を唱えたり、契約締結上の過失の主張や、より高い価格の要求又はより多くの物品の要求をし<sup>(32)</sup>たり、再交渉の要求をする場合<sup>(33)</sup>に生じうる。

しかしいずれの給付障害も、それが重大な契約違反となるような程度に達していることが必要であろう。逆に

し、被害当事者がこの拒絶の意思表示の評価を誤ると、自分自身が契約の拒絶をしてしまうことになるという危険を負うことになる。<sup>(26)</sup> この意味で本規定は解除権者にとって両刃の剣でもある。

このようにCISG七二条における履行期前の解除の類型として、一般的客観的給付障害と履行拒絶の二類型が認められるが、この二類型の個々の法的救済は、その要件に関し異なると捉える見解がある。<sup>(26)</sup> さらに、二つの類型とは別に第三の類型として、以前になされた契約の履行状況から、今回の契約において履行されないことが明白であるという類型を析出する見解もある。<sup>(27)</sup> こうした見解は、CISG七二条において異なった解除権の要件が存在すると捉えるものであるが、そうした見解を否定する立場がある。それによるとCISG二五条における重大な契約違反の概念定義は、何ら一定の原因を前提としてはいず、他方で適用領域から特別の事由は排除されない。それと同時に一方当事者の履行拒絶は、重大な契約違反として特徴づけられる。そしてそのような拒絶は、現実に存在する客観的な理由に基づき表明されるか否かということから独立している。それ故CISG七二条三項（履行拒絶の規定）は、通知の形式的な要件に関し例外を規定しているだけであり、それはCISG七二条二項から生ずるが契約違反の独立した形態ではない。<sup>(28)</sup> と。

思うにCISG七二条一項においては、履行期前の違反の統一要件が掲げられていると解すべきであろう。その要件とは履行期前に重大な契約違反を侵すであろうということが明白であるということである。したがって三項の履行拒絶も、この統一要件に服すべきものと考えらるべきであろう。よって三項の履行拒絶は、二項の通知の要件の例外だと解すべきことになろう。しかし他方、CISG七二条の履行期前の違反を類型化し、それにふさわしい処理をすることは有効と思われるので、類型化の作業も必要だと思われる。

将来的重大な契約違反の明白性の程度に関しては、その蓋然性の程度は、履行の停止権を規定するCISG七一条の程度と同じでよいとする見解もあるが、それよりもレベルの高い極めて高度の蓋然性<sup>(20)</sup>が求められよう。文言においても七二条が、より厳しい要件を課しているとの指摘もある<sup>(21)</sup>。そこで、履行の停止よりも強力な解除の要件であるからには、極めて高度の蓋然性を求めることが望ましいと考える。ただ絶対的な確実性までは求められず、こにいう明白性の概念は蓋然性の最高度のものが前提とされよう<sup>(22)</sup>。

七二条二項においては、時間が許す場合には、適切な保証を提供しうる機会を与えるため、合理的な通知を与えることが求められている。これは契約解除権を行使する前に、契約違反を侵すかもしれない当事者に保証の提供の機会を与えることにより、解除を回避する機会を与えるための付加的な手続である<sup>(23)</sup>。

この通知義務の性質に関しては、七一条における通知義務に対応して、通知義務は七二条による履行期前の解除権行使の前提ではなく、解除の意思表示の有効性は、通知がないことによって損われまいとする見解もあるが、やはり通知義務は解除権の要件を形成するものであると考えるのが、規定の成立史や体系に合致するものと思われる<sup>(24)</sup>。もちろん時間が許さないときには、通知は不必要である<sup>(25)</sup>。しかし、今日の通信技術の手段では、通知が時間的にもはや実行できないという特別の状況が必要である<sup>(26)</sup>。逆に、今日の迅速な電信通信手段（Telex等）においては、そのような手続は面倒ではないし、債権者にとっても通知により、自分の方で生じうる誤謬も除去される機会が得られるというメリットがある<sup>(27)</sup>。このような意味からも、通知は契約解除の有効性のための要件と解すべきであろう<sup>(28)</sup>。

保証の提供については、七一条三項と同様に銀行保証によるものだけではなく、給付を承継する第三者、保証

金、保険等のように、契約遵守当事者を将来の重大な契約違反から守る適切な保証が求められる<sup>(24)</sup>。契約遵守当事者が保証を適切なものと認めたり又は受け容れたりすると、解除権も消滅する<sup>(25)</sup>。注目すべき点は、保証の提供がなされないと拒絶と見なされる、アメリカの UCC (§2-609) と類似した規定であるということであるが、これも法定拒絶といえよう<sup>(26)</sup>。なお、保証の提供のための期間については、アメリカの UCC では、三〇日を超えない合理的期間内に適切な保証が提供されねばならないとされていることを考慮すると、国際取引の現実が顧慮されて、若干それより長くされるべきものと思われる<sup>(26)</sup>。

契約を維持する場合の損害軽減義務については、契約違反の出現により既に適用が生ずるとする見解もあるが、ドイツ等の大陸法においては、損害軽減義務は履行請求権にまでは及ばない<sup>(27)</sup>という見解が支配的である。ウィーン売買法会議において、アメリカの代表委員 Honnold は、債権者が損害軽減義務を怠ったことを理由とする債務者の免責は、損害賠償の枠内においてだけでなく、債権者の他の法的救済においてもなされるべきであるとの提案を行なった<sup>(28)</sup>。しかし、この補充提案は否決された。CISG 七七条は損害賠償以外の法的救済をその枠に入れておらず<sup>(28)</sup>、結局損害軽減義務に関しては、債権者が履行請求権を失うという結果を伴う優先はなされない<sup>(29)</sup>。ただ債権者は、履行請求に固執してもよいが、思惑がある場合には、CISG 七条二項の意味における一般原則としての合理人の命令に反するときには履行請求は認められない<sup>(30)</sup>。また代替取引義務を認めると、履行請求権を喪失させてしまうことになるだけでなく、債務者に一方的な拒絶により、履行から免れうるという事態を生じさせることになり、認めるべきではないと思われる。

そこで Honnold が提起した製作物供給契約における履行請求権の問題に関しては、売主は履行請求権たる売買

代金の支払請求権を有する<sup>(283)</sup>ことになるが、買主による正当な製作物供給への異議が売主に伝達された場合には、買主には、その製作物を受領する義務が消滅すると解することにより、買主による異議に反する売主の制作権は認めべきではないという構成にすれば、解決できるのではなからうか。<sup>(284)</sup>

次に契約解除と損害軽減義務との関係についてであるが、CISG四九条二項、六四条二項においては契約解除は合理的期間内になされねばならないが、七二条においてはそのような期間制限は付されていない。これにより未決定状態が継続しうることになり、債権者は履行期まで解除と履行請求との間で選択権を自由に留保しうることになって、債務者の損害が債権者の思惑によって増大してしまう可能性がある。そこで、四九条二項b号、六四条二項b号により一般原則を展開させ、さらに七条二項を補完的に機能させることにより、この場合の解除権は合理的期間内に行使しなければならないとする説が主張される。<sup>(285)</sup>

これに対し、七二条における解除権の時間的制限に対し異論を呈し、解除権を行使しないことによる思惑の可能性も損害軽減義務の異議も、不履行を理由とする損害の算定においてのみ当てはまる<sup>(286)</sup>との主張もある。

思うに、解除権と損害軽減義務との関係においても、履行請求権と損害軽減義務との関係においてと同様に考えることが、法的救済の行使という点からは合理性があるように思われる。さらには次に検討する七一条の履行停止権と早期の解除権の行使とは矛盾する<sup>(287)</sup>との評価も可能であろう。また債務者には、債権者に一定の期間内に選択権（例えば解除の意思表示）を行使することを要求できる権利が、CISGにおいては一般的に認められており、債権者は期限通りに意思表示をしないと選択権を失う<sup>(288)</sup>というシステムが採用されているが、七二条ではこうした規定はないということが留意されるべきであらう。

## (2) C I S G 七一条

C I S G 七一条は履行の停止権を扱う規定<sup>(261)</sup>であるが、本稿のテーマと関連する重要な事項に限りここに言及することにする。

そもそも七一条では、二五条の意味での重大な契約違反が問題なのではなく、「義務の重要な部分」の不履行のおそれがあるということである<sup>(262)</sup>。重大な契約違反を要件とはしていないところが、七二条との決定的な差であり、それ故法効果は履行の停止権という、より「弱い」法的救済しか認められていない。そこで、七一条のもとで適切な保証を提供しないことが解除を正当化するかどうかは未解決であるとの指摘もあり、実際、解除権を認める見解もあるが、解除権は認めらるべきではないと思われる。解除権を認める見解は、保証を提供しないことは重大な契約違反に対する有力な状況証拠と見なせると主張する<sup>(263)</sup>。しかし、このような理解は、アメリカの U C C 等の影響を強く受けて形成されたもののように思われる。確かに保証の提供のないことは、不履行出現の蓋然性の状況証拠といえようが、それにより将来の履行がないということの重大性を増大させるものではなく、それ故、七二条の要件を充たす場合は格別、解除権まで認めるべきではないと思われる<sup>(264)</sup>。

因みに、ユニドロワ国際商事契約原則（P I C C）では、§7.3.4（本来の履行に対する適切な保証）、ヨーロッパ契約法原則（P E C L）では、§8:105（ex §3:105）（履行の保証）、ドイツ債務法改正委員会草案では、§321 II B G B - K E（不安の抗弁権）のそれぞれにおいて、合理的期間内に保証がない場合に解除を認めるという形で、立法的に解決されている。

## (3) 国際取引に C I S G の規定が初めて適用されたドイツ連邦通常裁判所（B G H）判決



国際取引が活発になるとともに、国を異にする当事者間の紛争も爆発的に増大し、それに伴いCISGが適用される判決例も急速にその数を増している。そして遂にBGH（ドイツ連邦通常裁判所）において、CISG適用による初の判決がなされた。<sup>(27)</sup>これが実はCISG七二条（履行期前の違反による解除）の適用の可否が主要な争点の一つとされたものであった。

事案はドイツの原告たる特殊機械の売主とスイスの被告たる買主との間で争われたものであるが、ドイツの当該機械の製造者と原告との間での機械の販売契約が解消されたことにより、原告が機械を給付できなくなるおそれが生じた。そこで、CISG七二条の履行期前の違反による解除の適用が被告により主張されたが、判決では、被告は履行期が到来する前に解除しなかったとの判断が示され、結局本件では、CISG七二条に依拠することはできないとの結論が出されている。<sup>(28)</sup>

ともあれ、今後とも国際取引において、履行期前の違反による解除の適用が問題となるケースが出てくることが予想されるので、その動向を注意深く見守る必要があるだろう。

## 2. ユニドロフ国際商事契約原則（PICC）・ヨーロッパ契約法原則（PECL）・比較法

### (1) 不履行法体系と解除

ユニドロフ国際商事契約原則（PICC）およびヨーロッパ契約法原則（PECL）では、ウィーン国連売買条約（CISG）が契約違反という給付障害の統一概念を採用したのに呼応して、いずれも不履行（non-performance）という統一概念が採用される。給付障害の統一概念として「契約違反」、「不履行」あるいはドイツ債務法

改正委員会草案のように「義務違反」というタームを用いようと、それらはすべて、給付障害という事実の発生そのものを意味する。そして、不履行（契約違反・義務違反）という事実があれば、それを生じさせた者、すなわち債務者は、損害賠償責任とは別の一定の「責任」を負わされ<sup>(274)</sup>と考えるのもよいのではなからうか。その最たるものが、債権者による契約の解除の機会に服さねばならないという形での「責任」である。これは、債務者に免責事由があつても又は帰責事由がなくても、課されるものであるが、損害賠償責任は、免責事由がない場合又は帰責事由がある場合にのみ課される。

比較法的に見ると、損害賠償責任に関し過失責任主義を採用する国は、ドイツの他オランダ（オランダ新民法典：Nieuw Burgerlijk Wetboek）<sup>(275)</sup>である（但しオランダ新民法典では、状況によってはギランティ責任も採られている）が、ドイツ債務法改正委員会草案でも、過失責任主義が堅持<sup>(276)</sup>されている。なお、解除の要件に関しても、過失を要するとの見解は、オーストリア、スイスでは拒絶<sup>(277)</sup>されているといわれている。

一方、国際的取引法秩序やヨーロッパを中心とした統一的法秩序（CISG・PICC・PECL）においては、過失責任主義は採用されず免責主義が採られる。そしてこのことは、今後の世界各国の国内法秩序の進むべき方向にも多大な影響力を持つことが予想される。また過失責任主義を採用する国においても、そうした免責主義の構造・構成自体の中に主観的要素を読み込み、一定レベルで過失が考慮されることを指摘し、自国の法制（過失責任主義）との間隙はほとんどないものとして解釈がなされることも一般的に見られる<sup>(278)</sup>。

それでもなお、理論構成としては、免責主義を採用するか過失責任主義を採用するかは、決定的な論理構成の相違を呈するものといえ、今後の給付障害法の世界的潮流としての「不履行―免責」の方向は、示唆的であると思わ

れる。また不履行が重大な違反を構成する場合に、債権者には解除権が生じ、自己の義務から解放されうるが、これは諸国の比較法による分析の結果といえよう。<sup>(280)</sup>

そもそも、この契約からの債権者の解放の権利を、最初に全契約法についての統一的法効果として法律に認めたのが、一八〇四年のフランス民法典であつた。<sup>(281)</sup>これは一つの大きな進歩であつたが、解除権は裁判所の手中にあり、<sup>(282)</sup>債権者は契約の解除を裁判所に請求しなければならず、裁判所が、契約違反が重大であるか解除が適切であるかを評価してそれを決定する。<sup>(283)</sup>このフランス民法典は、一九世紀においては他の多くのヨーロッパ諸国の法律の模範であり、ベルギー（民法二一八四条、オランダ（一八三八年旧民法一三〇二条）、イタリア（一八六五年民法一〇五条）、スペイン（民法一二二四条）、ポルトガル（一八六七年民法七〇九条、一五七二条）等により、裁判所による解除のシステムが採用された。<sup>(284)</sup>

これに対し、比較的新しい立法では、裁判所による解除に代わり、債権者自身が一定の意思表示により、契約からの解放を実現するシステムが採用されたが、その手続は、債権者が不履行債務者に対し最終期限を定め、債務者がその期間内に履行をしないと債権者が解放されるというものである。<sup>(285)</sup>そしてその立法は、ドイツ（民法三二六条）、スイス（債務法一〇七条）、オーストリア（一般民法九一八条）、イタリア（民法一四五四条）、ギリシア（民法三八三条）、ポルトガル（民法八〇八条）、オランダ（民法六の二六五条）で採用される。<sup>(286)</sup>

そして、PICC (§§7.3.1, 7.3.3, 7.1.5) および PECL (§§9:301 (ex §4.301), 4:304 (ex §4.304), 8:106 (ex §3.106) において、債権者は契約違反が重大であるとき、さらなる要件なしに契約の解除をなすことができ、重大でないときには、一定の場合に履行のための付加期間を定めて、それが徒過すれば解除の意思表示ができる<sup>(287)</sup>との規定

定が形成される。この重大な違反の一形態として履行期前の違反のシステムが存するのである。

## (2) P I C C

ユニドロワ国際商事契約原則（P I C C）においても、契約の解除は一方的な形成的意思表示により生ずる<sup>(28)</sup>。またそれには、不履行を知ったとき又は知りうべきときから合理的な期間内にその通知がなされることが必要である（§7.3.2 II）。そして、「履行期前に相手方による重大な不履行が生ずるであろうということが明白である場合には、当事者は当該契約を解除することができる」（§7.3.3）という相手方の履行期前の不履行を理由とする解除の権利が規定される。

これにより、予期される不履行が履行期に生ずる不履行と同等のものとの原則を採用したことになる<sup>(29)</sup>。もちろんその不履行は重大なものでなければならず、かつ不履行が生ずるであろうということが明白でなければならず、不履行が生ずるかもしれないという単なる疑いでは十分ではない<sup>(30)</sup>。

履行期前の不履行の一形態として、一方当事者に契約を履行する意思がないというものがある。いわゆる履行拒絶である。また別の形態として、履行の意思はあっても客観的状況から、将来の履行期における不履行が明白であるという場合がある。そこで、履行不能の場合や履行の時期が重要である場合<sup>(31)</sup>（定期行為等）には、重大な違反だということができ解除が可能となる。

P I C Cでは、C I S Gと異なり、将来の不履行が明白であるとの程度には至らないが将来の重大な不履行を合理的に確信する場合には、本来の履行の適切な保証を要求し、かつその間自分自身の履行を停止する権利を認め、さらにその保証が合理的な期間内に提供されない場合には、契約を解除する権利を認めている（§7.3.4）。

これは、例えば相手方が履行の意思を有するか又は履行することができるといふ可能性もなお存するため、履行期前の不履行(§7.3.3)に依拠することのできない当事者の利益を保護しようという規定である。<sup>(28)</sup> この規定により、被害当事者が本来の履行期まで待ち、履行が結局なされない結果、損害を被るといった事態を回避することが可能となる。また逆に、被害当事者が契約を解除した結果、当該契約が相手方によって履行されたであろうということが明らかとなると、解除をしたことで契約の不履行となり損害賠償責任が生ずるといった事態も回避できる。<sup>(29)</sup> そして相手方が適切な保証を提供するまでの間履行の停止権が認められる。この停止の機能を、両当事者間の対話を促進することにあると捉える見解もあり、適切な保証が与えられなかった場合には解除権が生ずる。この適切な保証とは、事情によって異なり、履行するといふ意思表示で十分であるといふこともあり、場合によっては、第三者による保証や担保を要するといふこともある。<sup>(30)</sup>

例えば、オペラの公演で主役の女性歌手が、最初の公演である一月二八日より前の一月二三日のリハーサル中に病氣になったとする。その時にその病氣がどの程度長びくものなのかわからないのであれば、代役に代えることは合理的であろう。しかし、もしその女性歌手が、一月二三日に病氣は二、三日で治るといふ保証(例えば医師の診断書等)を与えることができれば、それは有効とされよう。<sup>(31)</sup>

なお、この保証の提供の原則は、取引を変えてしまうものではないかとの指摘がある。一つには、約束者が履行しないであろうとの不平に約束者が応えねばならないとの考えからは、約束者は契約全体を通して明白な履行能力を維持しなければならないということが示唆されるということ、もう一点は、単に契約上の約束を繰り返すこと以上のことを約束者に要求することは、約束者の責任の範囲を拡大することになる、との理由からである。しかし結

局論者も、重大な不履行の場合に解除が制限されていること<sup>(298)</sup>、さらには再交渉の促進という側面から、肯定的な評価をしている。

### (3) P E C L

ヨーロッパ契約法原則（P E C L）においても、P I C C とほぼ同様に §4:304 (ex §4:304)（履行期前の不履行）において、「履行期前に、相手方による重大な不履行が生ずるであろうということが明白である場合には、当事者は契約を解除することができる」との規定を置き、履行期前の不履行の場合の解除権を定める。この規定が置かれた趣旨は、将来の重大な不履行の場合にも、相手方が履行期に履行できないか又は履行する意思がないということが明白となったからには、一方当事者がそれに拘束され続けることは合理的には期待できないという觀念に基づき<sup>(300)</sup>、当該当事者を契約から解放できるようにしようというものである。

ここでも履行期前の不履行の解除の場合の統一要件として、将来の不履行の重大性とその明白性が掲げられる。将来の不履行の重大性とは §8:103 (ex §3:103) における重大な不履行といえるものであり、例えば引渡時期が重要な定期行為の場合である<sup>(301)</sup>。将来の不履行の明白性の要件に関しては、相手方の行動から、単に履行意思のないこと又は履行能力のないことについての疑い<sup>(302)</sup>、合理的確信を抱く場合には、8:105 (ex §3:105) のもとで履行の保証を求めることは認められるが、本条 (§4:304) のもとでの解除はできない。代わりに、適切な保証の提供を求め、その間自らの履行の停止をすることができる。そして保証の提供がなされない場合に、一定の要件のもとで解除権行使へと移行することができる。

P E C L においても P I C C と同様に、将来の不履行の場合の解除の統一規定形態が採用されている。これは C

ISGにおいて、既述したように一部異論があるもののやはり統一要件が採られているのと同様に考えてよいと思われる。ただCISGにおいては、履行拒絶の類型で通知の要件がはずされており、そのため、より履行期前の違反による解除に対する類型的考察の必要性が高いとはいえよう。PECLにおいてはPICCと同様に、履行期前の不履行についてのそのような異なった扱いは条文上は採用されてはいない。しかし、やはりここでも、明白かつ絶対的（真摯かつ最終的）な履行拒絶に関しては、本条による解除権行使が容易な類型といつてよからう。これに對して、その他の客觀的給付障害の場合には、各ケースにより、例えば、債務超過、破産、火災・戦争による生産・製造施設の滅失、輸出入禁止令、通貨統制措置（外為法）による支払制限、原材料の差止、特許の欠如、ストライキ等が、重大性と明白性の要件を充たすものかどうか、解除権者の側で確定できない場合も考えられ、そのような場合は、§8:105 (ex §3:105) の保証の提供・履行の停止権の行使の方途を選択することが望ましいということはいえよう。こうした意味からも、PECL (PICCも同様) でも、履行期前の不履行の類型化の作業は有益といえよう。

さらにPECL、PICC、CISGに共通の特筆すべき点は、履行期前の不履行（給付障害）のあらゆるものがここに含まれるということである。履行期前の契約違反の淵源たるコモン・ローでは、客觀的給付障害の場合には債務者の行為又は不作為によるものに制限されていた。ところがPECL・PICC・CISGにおいては、フラストレーション等の不可抗力をも含めた債務者の行為に基づかない不履行がすべてここに含まれる。そして免責事由が存する場合に損害賠償責任を免れるということはあっても、要件が充たされれば、解除権行使には影響はない。この点については、現実の不履行を理由とする解除と同等の権利が与えられており、行使可能ないかなる法的

救済をも行使する権限が認められる。<sup>(303)</sup> その他、履行拒絶の撤回については明示の規定を欠くが、CISGと基本的には同様の解釈で対応すべきであろう。また損害軽減義務と解除権又は履行請求権との関係についても、基本的にはCISGにおける議論が参考になるものと思われる。

#### (4) 比較法

既に見たウィーン国連売買条約（CISG）、ユニドロワ国際商事契約原則（PICC）、ヨーロッパ契約法原則（PECL）は、諸国の代表委員又は各国のその分野の代表的学術研究者が慎重な討議を重ね、いずれか一国に片寄った規律を導入することを避けながら、それぞれが諸国の法制度を比較検討、吟味して形成された現代比較法の所産といえるものである。そこでここでは、ヨーロッパを中心とした諸国の「履行期前の違反」の制度に焦点を当て、諸国の法制度を瞥見することにする。

元来、履行期前の契約違反の起源は、既に見てきたようにコモン・ローにあり、Hochster v. De la Tour 判決<sup>(304)</sup>以下の一連のイギリスの判決によって確立されたものである。そこでは、履行期前の契約違反とは、履行期前に相手方が履行を拒絶するか、行為又は不作為により、履行を不可能とする形態がその範疇として捉えられる。したがって外的事由（不可抗力）を原因とする不能事例は、この範疇から除かれる。むしろ Afvos Shipping v. Paganan 貴族院判決<sup>(305)</sup>により、基本的契約違反という要件も付加される。

一方、アメリカでは、コモン・ローの影響下で、UCCに見られるように精緻な履行期前の契約違反の法理の独自の構築が遂行される。その中で特筆されるべきものが、保証の提供のシステムの導入であった。

他方、大陸法では、諸国により状況は異なる。例えばドイツでは、独自の給付障害法体系、すなわち、その中心



に不能を据えそれに遅滞を併存させる給付障害法体系を採用するため、他の給付障害形態も、不能か遅滞かのいずれかに入れることの可能なものはそこに入れられ、どうしてもはいりきれないものは、学説・判例によって形成された積極的債権侵害という受皿によってカバーされる。そこで、履行期前の客観的給付障害およびそれに相当すると評価される形態は、不能概念が拡大化され、履行不能の範疇に包摂される。そして、履行期前の履行拒絶は不能と遅滞のいずれにも属さないものとされ、通説・判例では積極的債権侵害とされる。したがって、ドイツでは履行期前の違反はもっぱら履行拒絶を指すこととなる。

スイスではその債務法一〇八条一項が、履行期前の違反を含むうる規定となっている。ギリシアでは、債務者が履行期前に履行しないということを明示的に表明するかその行為によって示す場合に、債権者は付加期間を定めずに損害賠償・解除の法的救済の権利行使をすることが、履行期前に認められる<sup>(306)</sup>。オランダ新民法(9:108)では、債務が履行期前でも、(a) 履行が違反なしには不可能な場合、(b) 債務者の通知により、債権者が不履行が生ずるであろうとの結論を出さざるを得ない場合、(c) 債権者が債務者による不履行を危惧する十分な理由があり、かつ債務者の履行意思たる適切な保証を受け取っていない場合には、不履行の効果が生ずる<sup>(307)</sup>。デンマークでは、一般的に重大な契約違反が生ずることが確実であるかほとんど確実となる蓋然性のあるケースに限定して、履行期前の不履行に対し解除権が認められる。特に動産売買法や破産法において認められるとされる<sup>(308)</sup>。イタリアでは、債務者が書面で履行しないという意思を表明すれば、自動的に債務者遅滞を認める(民法一二一九条)が、これは解除権行使へと途を開くものであるとされる<sup>(309)</sup>。

これに対し、被侵害者当事者に履行期前にこのような救済方法を認めることに消極的な諸国がある。フランス、ポ

ルトガル、スペイン、ベルギーでは、基本的には履行期前の違反による解除権は認められない。その原因として、債権者の解放に裁判上の解除判決を必要とするシステムを採っている<sup>(310)</sup>ということも挙げられよう。フランスでは、つとに履行期前の違反の原理は認められていない<sup>(311)</sup>ということが特筆されると指摘されていたが、フランス法において、履行期前の違反で履行請求・損害賠償請求・解除が認められない理由としては、次の点が挙げられる<sup>(312)</sup>。すなわち、歴史的に義務と履行との区別（民法一一八六条）は元来ローマ法のものであるということ、論理的には、もし不履行がなければ不履行に基づく訴訟はありえないということ、法政策として、フランスでは契約上の義務の履行を促すことを優先するといった点である。

こうしたことから、CISGにおいてフランスが、履行期前の違反の原理を受け容れたことに対し驚きをもって見られたりもするが、CISG七一条の履行の停止権は別として、CISG七二条に対しては消極的な見解<sup>(313)</sup>も見られる。それは、七二条は相手方の苦境に乗り契約を解除し、他と有利な契約をするといった利益を与える懸念<sup>(315)</sup>があるという理由からである。

これら、履行期前の不履行を認めない諸国では、場合によっては他の類似の制度<sup>(316)</sup>、他の方法で結果の達成が図られてはいるが、基本的には、履行期前の不履行に基づく解除の原理は採用されていないといえよう。

(204) Flessner, Befreiung, S. 255ff.

(205) Flessner, Befreiung, S. 256.

(206) Flessner, Befreiung, S. 262ff.

(207) Flessner, Befreiung, S. 264ff.

(208) この概念については、山田・前出注（一）参照。

(209) Farnworth, Rights and Obligation of the Seller, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf 83 (Schweizerisches Institute für Rechtsvergleichung ed. 1985). 特ニ p. 105 ニ於テ Farnworth の発言・議論を参照。

(210) Flessner, Befreiung, S. 266.

(211) v. Caemmerer, Die wesentliche Vertragsverletzung im internationalen Einheitlichen Kaufrecht, Festschrift für Helmut Coing Bd. II, 1982, SS. 33, 49.

(212) Stoll, a. a. O., Fn. 9, S. 619.

(213) CISG §72 (履行期前の契約解除)

(1) 相手方が重大な契約違反を侵すであろうことが契約の履行期前に明白である場合には、当事者は契約解除の意思表示をする「ことが得る」。

(2) 時間が許す場合には、契約解除の意思表示をしようという当事者は、相手方がその履行の適切な保証を提供するのを許容するために、合理的な通知を与えなければならない。

(3) 前項の要件は、相手方がその義務を履行しないとの意思表示をしている場合には適用しない。

(214) Leser, (v. Caemmerer / Schlechtriem) Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht (2. Aufl. 1995), S. 602. 以下、Leser, Kommentar へ引用する。

(215) Leser, Kommentar, S. 602.

(216) Strub, The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries, 38 Int'l & Comp. L. Q. 475 (1989), at 475-477.

(217) *Ibid.*, at 492.

(218) Schnyder / Straub, in: Honsell (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 1997, S. 874, Rn. 4. 以下、Schnyder / Straub, Kommentar へ引用する。なお、この文献の入手については、滝沢昌彦助教教授（一橋大学）の御厚情を賜った。この場を借りて謝意を表した。

(219) Flessner, Befreiung, S. 276.

履行期前の不履行と解除（石崎）

- (220) Peter Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 1996, S. 150f.
- (121) Enderlein, (Enderlein / Maskow) Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 72 (S. 229) Anm. 1.
- (222) Flessner, Befreiung, S. 276.
- (223) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 887 Rn. 47.
- (224) Leser, Kommentar, S. 624f.
- (225) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 887 Rn. 48.
- (226) Leser, Kommentar, S. 604 Rn. 8.
- (227) Schlechtriem, a. a. O., Fn. 220, S. 151.
- (228) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 874 Rn. 6.
- (229) Herber / Czerwenka, Internationales Kaufrecht, 1991, Art. 72 Rn. 2.
- (230) Leser, Kommentar, S. 605 Rn. 12.
- (231) Petra Schmid, Der Schuldnerverzug, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im BGB und in UN-Kaufrecht, 1996, S. 218.
- (232) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 880 Rn. 26, 27.
- (233) Leser, Kommentar, S. 605 Rn. 13.
- (234) Herber / Czerwenka, a. a. O., Fn. 229, Art. 72 Rn. 4; Enderlein, a. a. O., Fn. 221, Art. 72 (S. 231) Anm. 9.
- (235) Bennett, (Bianca / Bonell) Commentary on the International Sales Law, 1987, Art. 72 para. 3. 2.
- (236) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 883 Rn. 36.
- (237) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 885 Rn. 42.
- (238) Bennett, *supra* note 235, Art. 72 para. 3. 3.; Enderlein, a. a. O., Fn. 221, Art. 72 (S. 230) Anm. 5.
- (239) Ziegler, a. a. O., Fn. 139, S. 170f.
- (240) Ziegler, a. a. O., Fn. 139, S. 171.
- (241) Leser, Kommentar, S. 607 Rn. 20.
- (242) Leser, Kommentar, S. 607 Rn. 21.

- (243) Stoll, a. a. O., Fn. 9, S. 627.
- (244) 444' Restatement, Contracts 2d §251 (1981) 参照°
- (245) Strub, *supra* note 216, at 475, 498.
- (246) Ernst Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, 1964, S. 289f.; v. Caemmerer, Problem des Haager Einheitlichen Kaufrechts, AcP 178 (1978) S. 130f.
- (247) BGH 62, 103, 107.
- (248) Stoll, a. a. O., Fn. 9, S. 638.
- (249) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 157.
- (250) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 163.
- (251) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 164.
- (252) Jan, Erfüllungsverweigerung, S. 164.
- (253) Stoll, a. a. O., Fn. 9, S. 639.
- (254) 444' 参照° Stoll (a. a. O., Fn. 9, S. 639f.) 参照°
- (255) Schlechtriem, a. a. O., Fn. 220, S. 154.
- (256) Schlechtriem, a. a. O., Fn. 220, S. 154.
- (257) Stoll, a. a. O., Fn. 9, S. 633.
- (258) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 890 Rn. 58.
- (259) 参照° CISG §49 III 参照°
- (260) Flessner, Befreiung, S. 308f.
- (261) Nicholas, The Vienna Convention on International Sales law, 105 L. Q. R. 201, 234 (1989).
- (262) Bennett, *supra* note 235, Art. 71 para. 2. 4.; Enderlein, a. a. O., Fn. 221, Art. 71 (S. 226) Ann. 3; Leser, Kommentar, S. 593 Rn. 8.
- (263) Schnyder / Straub, Kommentar, S. 853 Rn. 13.

履行期前の不履行と解除(石崎)

- (264) Strub, *supra* note 216, at 499.
  - (265) J. O. Hornold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, (2d ed. 1991) Art. 71 para. 394.
  - (266) Bennett, *supra* note 235, Art. 71 para. 3. 7.
  - (267) Snyder / Straub, *Kommentar*, S. 863 Rn. 51.
  - (268) Strub, *supra* note 216, at 497 et seq.; Schlechtriem, a. a. O., Fn. 220, S. 145; Nicholas, *supra* note 261, at 234.
  - (269) PICC §7. 3. 4. [本来の履行の適切な保証]
- 相手方による重大な不履行が生ずるであろうことを合理的に確信する当事者は、本来の履行の適切な保証を請求することができ、かつその間自分自身の履行を停止することができる。この保証が合理的期間内に与えられない場合には、当事者は契約を解除することができる。
- (270) PECL §8: 105 (ex §3. 105) [履行の保証]
- (1) 相手方による重大な不履行が生ずるであろうことを合理的に確信する当事者は、この合理的確信が継続する限り、本来の履行の適切な保証を請求することができる、かつその間自分自身の義務の履行を停止することができる。
  - (2) 前項に定める保証が合理的期間内に提供されない場合において、相手方による重大な不履行が生ずるであろうということを、なおも信じる合理的な理由があり、かつ遅滞なく解除の通知を付与するときは、この保証を請求した当事者は、契約を解除することができる。
- (271) §321 BGB-KE [不安の抗弁権]
- (2) 先履行義務者は、相手方がその選択に従って先履行と引換に反対給付をし、又は保証を提供するための相当の期間を定めることができる。期間が経過した後は、先履行義務者は契約を解除することができる。委員会草案三二三条がここでは準用される。
- (272) BGH, Urteil vom 15. 2. 1995-VIII ZR 18/94, RIW 1995, 6, 505=NIW 1995, 32, 2101.
  - (273) なお、この判決についての評釈は数多く出されているが、特に Enderlein, zu BGH, 15. 2. 1995, IPRAx 1996, 3, 182; Schmidt-Kessel, RIW 1996, 1, 60 等参照。

- (274) 石崎・前出注 (4) 一八六頁。
  - (275) Nieuw Burgerlijk Wetboek §86: 74, 6: 75. *ネーデルラントス・ニペー/ウェステルジク, Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, 1995 のオランダ語をドイツ語に訳記参照。またオランダ新民法典の給付障害法体系については、潮見・前出注 (一) 一一〇頁以下も参照。
  - (276) §276 BGB-KE 参照。
  - (277) Albert Ehrenzweig/Heinrich Mayrhofer, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 1986, §§58III, 60II; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. Aufl., 1988, §20 IV 3.
  - (278) 藤元<sup>278</sup>, Pellegrino, *Subjektive oder objektive Vertragshaftung?*, ZEuP Nr. 1 (1997) S. 49f. 脚。
  - (279) CISG §849 Ia, 64 Ia; PICC §7. 3. 1 I; PECL §9: 301 (ex §4. 301).
  - (280) Flessner, *Befreiung*, S. 266ff.
  - (281) Flessner, *Befreiung*, S. 270.
  - (282) Art. 1184, al. 3, C. civ.
  - (283) Flessner, *Befreiung*, S. 270. なお、フランスにおける解除の要件論については、後藤・前出注 (1) 七頁以下参照。
  - (284) Flessner, *Befreiung*, S. 271.
  - (285) Flessner, *Befreiung*, S. 271.
  - (286) Flessner, *Befreiung*, S. 271.
  - (287) Flessner, *Befreiung*, S. 272.
  - (288) Schlechtriem, *UNIDROIT-Principles (Einheitliche Prinzipien für Verträge) und Werkvertragsrecht*, in: *Dem Baurecht ein Forum*, Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, 1997, S. 166.
  - (289) International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), *Principles of International Commercial Contracts* 187, 1994.
  - (290) *Ibid.*
  - (291) *Ibid.* 特に設例を参照。
- 履行期前の不履行と解除 (石崎)

- (262) *Ibid.*, at 188.
- (263) *Ibid.*, at 188.
- (264) Carter, Adequate Assurance of Due Performance, 10 J. Cont. L. 1, 9 (1996).
- (265) UNIDROIT, *supra* note 289, at 188.
- (266) Perillo, Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 5 Tulane J. Int'l & Comp. L., 5, 19 et seq. (1997). 444' Poussard v. Spiers & Pond (1876), 1 Q. B. 410; Bettini v. Gye (1876), 1 Q. B. 183 参照°
- (267) Carter, *supra* note 294, at 5-6.
- (268) Carter, *supra* note 294, at 7.
- (269) Carter, *supra* note 294, at 8.
- (270) O. Lando & H. Beale, Principles of European Contract Law, Part I 178 (1995). 214' Lando & Beale, European Contract Law 178-180°
- (271) Lando & Beale, European Contract, p. 178, 註釋 4-4' 註釋 4' 参照°
- (272) Lando & Beale, European Contract, p. 179.
- (273) Lando & Beale, European Contract, p. 179.
- (274) Hochster v. De la Tour, *supra* note 10.
- (275) Afovos Shipping Co. SA. v. Romano Pagnan & Pietro Pagnan, *supra* note 33.
- (276) Lando & Beale, European Contract, pp. 179-180, n. 2 参照°
- (277) Nieper/Westerdijk, a. a. O., Fn. 275, S. 36f.; Lando & Beale, European Contract, p. 179, n. 2 参照°
- (278) Lando & Beale, European Contract, p. 179, n. 2 参照°
- (279) Lando & Beale, European Contract, p. 180, n. 2 参照°
- (280) Flessner, Befreiung, S. 306.
- (281) Houin, Sales of Goods in French Law, Int'l & Comp. L. Q. (Suppl. Publ. No. 9) 16, 27-28 (1964).



- (312) Whitaker, How does French Law deal with Anticipatory Breach of Contract ?, 45 Int'l & Comp. L. Q. 662, 663 (1996).
- (313) Strub, *supra* note 216, at 487.
- (314) Kahn (P.), La Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les Contrats de Ventes internationales de marchandises, Rev. Int. Dr. Comp. 33, 1981, p. 983.
- (315) *Ibid.*
- (316) Strub, *supra* note 216, at 485.
- (317) Lando & Beale, European Contract, p. 180, n. 3.

#### 四 総括（日本法への若干の示唆）

近年のヨーロッパを中心とした私法の世界的共通性・通用性を模索する国際的・世界的潮流には、国際社会のグローバル化の進展の中で生存を余儀なくされる諸国にとって決してそれを等閑視したり拱手傍観することができないものがある。国内法がいかに体系的・理論的に優れたものであっても、その頑迷なる墨守は、それが世界的趨勢との乖離を促進させるものである限り、維持し続けることは困難であろう。各国で永年にわたって親しまれてきた各民法典（殊に取引法関連部分）の改正又はそれに向けての動きが顕著になってきたことも、その反映と見ることもできよう。わが民法典もひとりこの波から免れるということとはできず、国際的・世界的取引を視野に据えたその理論と解釈の方向を旨とする研究も萌芽し始めており、次第に民法学研究のスタイルの主流の一つとなることも予想される。<sup>(318)</sup>

本稿が、「不履行法体系と解除」というテーマを背景とし、日本法にとって最も異質で馴染みの薄いものの一つである「履行期前の不履行と解除」という問題にこのような形で取り組むことは、かような観点からもその意義を見い出すことができるのではないかと考える。もちろん履行期前の契約の危殆化（不安の抗弁権）という視点からのアプローチも有益ではあるが、本稿の眼目はそれとは全く異なり、不履行法（給付障害法）体系の構造と解除要件論との関係の探究・明確化にあり、それを世界的な潮流の中で、いかに日本法の解釈論に接合させるべきであるかということ、さらには立法論としての方向性を多少なりとも示唆することができればということにある。

この領域における日本法の状況は、外国法に示唆を受けたいくつかの意欲的な研究がなされたにもかかわらず、殊に判例・実務においてはさほど目だった展開は見られない。既に諸論稿において、判例分析はなされているので、ここでは既に見てきた世界的・理論的到達点から、それを瞥見する。

まず、相手方の履行拒絶に際し、自己の債務の弁済の提供をしなくても、拒絶債務者に対し債務不履行責任を追求することができるとする判例理論は、かなり旧くから確立している。例えば、買主の事業中止による代金支払拒絶に対し、売主の違約金請求が認められたケース<sup>(39)</sup>、新株引受の履行拒絶に対して、拒絶の意思が明確な以上、弁済の提供をせずに目的物の引渡の催告ができ、解除の意思表示は有効であるとされ<sup>(40)</sup>、また確定期売買において、債務を履行しない意思が明確な場合に、現実の提供も言語上の提供もせずに、解除・損害賠償請求が認められ<sup>(41)</sup>、さらに双務契約の相手方が、不当な解除や目的不動産を他へ貸すといった行為により、履行をしない意思を明らかにした場合<sup>(42)</sup>には、当事者が弁済の提供をしなくても相手方は履行遅滞の責を免れえないとされたケース<sup>(43)</sup>を挙げることができる。

これに対し、履行期前の契約の解除を認めた判決としては、民法四一五条、五四三条の履行不能とは物理的不能のみを意味するものではなく、売主が目的不動産を第三者に譲渡し登記した場合には、取引通念上不能に属するとして、解除・損害賠償を認めたケース<sup>(324)</sup>、また請負工事において、請負人が工事を放擲して約定期限までに完成させることができないということが明らかな場合に、注文者からの民法五四三条による履行期前の解除が認められたケース<sup>(325)</sup>、下級審判決ではあるが、履行期前の履行拒絶の意思を翻すことが全く期待できないような状態では、それは履行不能と同一の法的評価を受けてもよく、履行期前に民法五四三条の精神に則って、催告なしの解除が可能とされたケース<sup>(326)</sup>、そして不動産の二重売買の事例では、他の買主に対する所有権移転登記が完了したときに履行不能となるが、第三者に対し、売買予約を原因とする所有権移転請求権保全の仮登記がなされたというだけでは、履行不能となったとはいえないとされたケース<sup>(328)</sup>がある。

右のように日本の判例には、大きく分けて二つの流れを認めることが可能であろう。そこから理論点意義を析出すると、一つは、履行拒絶は債務の「不履行」になるということであり、もう一つは、履行不能概念をより広く捉えたり、履行不能と同一視したりして、民法五四三条により履行期前の解除を認めるという点であろう。これをより理論的に整理して示すと、履行拒絶は民法四一五条の債務の「不履行」の一形態であるということ、そして履行期前の契約違反を理由とする催告なしの履行期前の解除が、民法五四三条又はその類推により認められる場合があるということになる。これは現行日本民法の規定からすれば、考えられる一つの方向だといえよう。もちろんここには、既に見たドイツの判例・学説の影響が濃厚に見られ、例えばそれは履行不能概念の拡張化に反映されている。しかし判例が履行期前の催告なしの即時解除を認める点は、世界的動向・方向性とも合致するものであり、

評価できる。また日本法において履行期前の違反としてではなく、もっぱら履行期前の履行拒絶が問題とされるのも、履行期前の一般的客観的給付障害の明白性に基づく解除が、履行不能による解除の規定だとされる民法五四三条で処理できることもその理由として考えられる。

そこで、不履行法体系において不能と遅滞のいわゆるパラレル構成を採用せず、不履行法の統一規定を擁する日本民法では、履行期前の不履行に際し、それを履行期前の一般的客観的給付障害の明白性による解除と履行期前の履行拒絶による解除とに二類型化した上で統一的に把握することも、さほど困難なことではあるまい。そして履行期前の不履行が明白かつ絶対的（真摯かつ最終的）な場合に、履行期前の催告なしの即時解除の可能性を理論として認め、その基準をこれまでのように履行不能に模擬するのではなく、より明確化して示すことが必要となろう。もちろん「明白かつ絶対的」の要件を欠けば、履行期前の不履行とはならず、それこそが、履行の危殆化の問題だということになろう。また現行法のもとでは、催告・期間の定めをして、それが徒過した場合に解除という方が考えられるが、立法論的には、保証の提供と履行の停止の法制度も検討の価値がある。契約の維持と解除とのバランスの上からも現実的にその方が優れたシステムのように思われ、かつ世界的な趨勢としてもそのような方向にあると思われるからである。

(318) 近時、研究論文が輩出し始めているが、著書としては、円谷峻・現代契約法の課題——国際取引と民法理論——（一粒社、一九九七年）を挙げておく。

(319) 須永知彦「履行期前における反対給付請求権の危殆化——いわゆる不安の抗弁権を中心に——」民商法雑誌一一二巻三号三九五頁以下（一九九四年）、四・五号七〇七頁以下（一九九五年）、松井和彦『契約危殆』状態における履行確保——不安の抗弁権から履行停止権への展開——」修道法学 二〇巻一号三七頁以下（一九九八年）他参照。

- (320) 大判、大正三年二月一日（民録二〇輯九九九頁）。
- (321) 大判、大正九年一月一日（民録二六輯一八一九頁）。
- (322) 大判、大正一〇年一月九日（民録二七輯一九〇七頁）。
- (323) 最判、昭和四一年三月二日（民集二〇卷三號四六八頁）。
- (324) 大判、大正二年五月二日（民録一九輯三二七頁）。
- (325) 大判、大正一五年一月二五日（民集五卷一一號七六三頁）。
- (326) 東京地判、昭和三四年六月五日（下級民集一〇卷六號一一八二頁）。
- (327) 最判、昭和三五年四月二日（民集一四卷六號九三〇頁）。
- (328) 最判、昭和四六年二月一六日（民集二五卷九號一五一六頁）。

〔付記〕

本稿が成るにあたっては、国際取引法研究会、ドイツ民法研究会、ヨーロッパ私法研究会における筆者の報告に対する諸先生方の御教示に負うところが大きい。この場を借りて謝意を表したい。

（一九九八年六月）